

# Revista do Curso de Direito da Faciplac

Ano 5 - Vol. 5

Nov. 2012



faciplac



---

## ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E FUNGIBILIDADE PARA MEDIDA CAUTELAR

Rodrigo Costa Ribeiro<sup>1</sup>

Lóren Formiga de Pinto Ferreira<sup>2</sup>

José Carlos Macedo de Pinto Ferreira Júnior<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente trabalho consta de revisão bibliográfica a respeito da antecipação de tutela e da fungibilidade entre este instituto e a medida cautelar, introduzida no Código de Processo Civil, pelo § 7º do seu art. 273. Os operadores do direito têm enfrentado dificuldades em razão das muitas divergências entre doutrinadores e entre doutrinadores e jurisprudência, o que leva à ocorrência freqüente de dúvidas de como deve ser requerida a tutela de urgência: conforme a sistemática do Processo Cautelar ou no início do Processo de Conhecimento. O objetivo desta pesquisa é oferecer noções fundamentais a respeito da fungibilidade entre as medidas antecipatória e cautelar, no intuito de auxiliar a elucidação desta questão, que ainda é controversa, e que pode levar ao indeferimento de pedido de tutela de urgência por inadequação do procedimento.

Palavras-chave:

Antecipação de tutela – medida cautelar – tutelas de urgência - fungibilidade

### ABSTRACT

The present work consists of a bibliographical revision regarding the anticipation of tutelage and the fungibility between this institute and the preventive measure, introduced into the Code of Civil Procedure by its art. 273, § 7º. The right operators have faced difficulties in reason of the many divergences between writings and writings and jurisprudence, what it leads to the frequent occurrence of doubts of as must be required the urgency tutelage: as preventive procedure or in the beginning of the discovery process. The objective of this research is to offer basic slight knowledge regarding the fungibility between the anticipated and preventive measures, in the intention of assisting the briefing of this question, that still is doubtful, and that can lead to the denial of order of urgency tutelage for inadequation of the procedure.

Keywords:

Anticipation of tutelage - preventive measure - urgency tutelage – fungibility

## INTRODUÇÃO

A Lei 10.444/02, através da introdução do §7º ao art. 273 do Código de Processo Civil – CPC, trouxe uma substancial alteração no instituto da tutela antecipada, estabelecendo a fungibilidade entre este e a medida cautelar.

---

<sup>1</sup> Especialista em Processo Civil, Advogado. Professor do Curso de Direito da JURPLAC/FACIPLAC. rodrigocostaribeiro@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Administração, Advogada, Bacharel em Informática. Professora do Curso de Direito da JURPLAC/FACIPLAC e do INESC/CNEC. lorenpgf@gmail.com.

<sup>3</sup> Especialista em Direito e Processo Penal e em Direito Ambiental, Advogado. Professor do Curso de direito da JURPLAC/FACIPLAC e do INESC/CNEC. juniorpjfr@gmail.com.



A fungibilidade vem ocasionando interpretações diversas, devido às distinções de caráter teórico entre essas medidas, o que tem causado diversas dificuldades aos operadores do direito, já que freqüentemente surgem dúvidas quanto ao momento da requisição da tutela de urgência, se deve-se seguir a sistemática do Processo Cautelar ou deve ser feita no início do Processo de Conhecimento. Existe discussão, também, quanto à extensão. Uma corrente afirma que a interpretação desse dispositivo esvazia a necessidade quanto ao ajuizamento de ações cautelares incidentais e isto acarretaria na caducidade de boa parte das normas alusivas ao procedimento cautelar.

Em razão dessas divergências, e da dificuldade em distinguir, em circunstâncias concretas, as diversas espécies de tutela de urgência, a jurisprudência, com amparo no §7º do art. 273 do CPC, tem admitido a fungibilidade procedimental entre as medidas cautelares e satisfativas atípicas. Porém, há recusa da fungibilidade quando existe erro grosseiro na apresentação do pedido, e, também, tem quem não admita a apreciação de pedido de tutela satisfativa veiculado através do procedimento previsto no CPC, já que o novo dispositivo contempla expressamente apenas a hipótese inversa. De modo a evitar erros e a sucumbência por equívoco na formulação do pedido, se torna imprescindível a compreensão desse tema.

É preciso tomar cuidado para que as medidas sejam aproveitadas, mesmo quando consideradas inadequadas, por força da admissão legal e jurisprudencial da fungibilidade.

Assim, o presente trabalho tem o objetivo esclarecer a possibilidade da fungibilidade entre as medidas antecipatória e cautelar, questão, que ainda é controversa, e que pode levar ao indeferimento de pedido de tutela de urgência por inadequação do procedimento.

## **1 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

Existem situações em que o aguardo pela composição definitiva da lide por sentença, pode tornar o provimento final da justiça vão e inútil, devido ao fato da possibilidade de o bem disputado ter desaparecido ou a pessoa a que era destinado já não mais ter condições de ser beneficiada pelo ato judicial. Em outras ocasiões, é o direito material mesmo que reclama usufruição imediata, sob pena de o respectivo titular não poder fazê-lo se tiver de aguardar o estágio final, ulterior à coisa julgada.

Visando ao atendimento correto dessas duas situações, o direito processual moderno concebeu uma tutela jurisdicional diferenciada, chamada de tutela de urgência, que se divide em duas espécies distintas (THEODORO JÚNIOR, 2009):

- a) tutela cautelar – apenas preserva a utilidade e eficiência do provimento futuro e eventual. Nessa medida, tomam-se providências conservativas, apenas, dos elementos do processo, assegurando, assim, a futura execução do que a sentença de mérito venha a determinar. Para valer-se dessa tutela, basta ao litigante demonstrar uma aparência de direito (*fumus boni iuris*) e o receio fundado de um dano iminente e de difícil reparação (*periculum in mora*);
- b) antecipação de tutela – por meio de liminares e medidas incidentais, permite que a parte, antes mesmo do julgamento definitivo de mérito, usufrua provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário. Nas tutelas antecipatórias, entram as medidas que permitem a imediata satisfação da pretensão da parte (direito material), embora de caráter provisório e revogável. Para a antecipação do direito material, a lei exige da parte a prova inequívoca tendente a um imediato juízo de verossimilhança, além do perigo de dano iminente, ou, alternativamente, o abuso de direito de defesa da parte do réu (art. 273 do CPC).

Essas medidas apresentam-se, sempre, como excepcionais e não como mera faculdade do juiz. Presentes os seus pressupostos legais elas não poderão ser recusadas, o que configuraria abuso de direito ou de poder (THEODORO JÚNIOR, 2009).

### ***1.1 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL***

A inovação mais importante na reforma do CPC foi a instituída pela Lei nº 8.952/94, que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, se preenchidos os requisitos arrolados pelo novo texto do seu art. 273.

O caráter genérico significa que ela pode ser aplicada a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar deferível sem a necessidade de observar o rito das medidas cautelares (SILVA, 2005). Não apenas as liminares se prestam para a medida satisfativa urgente, visto que devido ao art. 273 do CPC a providência provisória de urgência tornou-se cabível em qualquer fase do processo.



---

A Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, alterou a redação dada ao §3º pela Lei 8.952/ 94 e acrescentou dois parágrafos ao art. 273 do CPC (NERY JÚNIOR, 2003).

## ***1.2 NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA***

Conforme Nery Júnior (2003), a tutela antecipada “tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução “*lato sensu*”, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos”.

## ***1.3 REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA***

Theodoro Júnior (2009) diz que os requisitos da tutela antecipada são: a) requerimento da parte; b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial; c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte; d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.

Em defesa dos interesses eventuais do demandado, que não teve, ainda, oportunidade de defender-se adequadamente, por lei devem ser observados, no deferimento e execução da medida de antecipação de tutela as precauções e princípios da execução provisória (art. 273, §3º do CPC, c/c art. 588, incs. II e III do CPC).

### **1.3.1 Requerimento da Parte**

É vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação de tutela, como decorre do *caput* do art. 273 do CPC. Trata-se de medida que se encontra à disposição do autor, visto ser ele quem postula a medida concreta a ser decretada, em caráter definitivo, pela sentença contra o outro sujeito do processo (THEODORO JÚNIOR, 2009). O autor vai formular o pedido expresso ao juiz, que constituirá o objeto da causa. Então, quem tem legitimidade para requerer essa antecipação é o autor e ela é estendida a todos os que deduzem pretensão em juízo.



Para Wambier (2008), a antecipação dos efeitos da sentença beneficiará ou atingirá, somente, autor e réu, não ao Ministério Público e assistente, pois estes são terceiros.

O momento mais adequado para pedir a medida é na petição inicial, porém, nada impede que a parte a postule em outros estágios do curso processual. O juiz, também, que não a deferir ou não apreciar o seu cabimento *in limine litis*, pode concedê-la mais tarde, desde que considere presentes os seus pressupostos. Não há, na lei, um momento determinado. O pedido também pode ser formulado em grau de recurso (THEODORO JÚNIOR, 2009).

De acordo com Theodoro Júnior (2009), “não há oportunidade certa e única imposta com força preclusiva pela lei. Como liminar, a medida encontrará local adequado para ser requerida na própria petição inicial, dispensando a formulação em petição separada”.

O autor afirma que trata-se de simples incidente de processo de cognição e, por isso, o juiz pode concedê-la na decisão de deferimento da petição inaugural do processo, desde que instruída com prova documental inequívoca. A urgência da medida aferível pelo juiz diante das circunstâncias determinará a prévia citação ou audiência da parte contrária.

O limite da tutela antecipada é o pedido.

#### **a) Tutela Antecipada Parcial**

Santos (2001) diz que a antecipação só pode ser dada a requerimento e que o juiz fica adstrito exclusivamente ao pedido da parte, que pode ser para efeito total ou parcial do que se requer e que também pode ser deferido total ou parcialmente dentro dos limites da pretensão.

O art. 273, *caput*, do CPC já previa a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pleiteada. O novo §6º desse mesmo artigo, acrescentado pela Lei nº 10.444/02, trata de uma situação onde a antecipação de tutela torna-se cabível e mais facilmente alcançável, qual seja, a cumulação de pedidos, circunstância em que o réu contesta apenas um ou alguns deles, deixando incontroversos outros (THEODORO JÚNIOR, 2009).





Assim, a antecipação é possível, sem necessidade de se recorrer aos requisitos ordinariamente exigidos, pois, pela não contestação, o fato básico se tornou presumido e a consequência dele extraível independe, agora, de outras provas. Havendo manifestação expressa do réu sobre o reconhecimento de um dos pedidos cumulados, ficará ainda mais evidente o cabimento da antecipação de tutela. A medida será viável, também, quando a resposta silenciar a respeito de um pedido ou do fato que lhe constitui a causa de pedir, então, a aquiescência do réu pode ser explícita ou implícita (SANTOS, 2001).

Porém, deve-se ponderar que a facilitação da antecipação de tutela, de acordo com o determinado pelo §6º do art. 273 do CPC, pressupõe independência jurídica entre os pedidos cumulados. Então, havendo vínculo de prejudicialidade ou de interdependência entre os pedidos (impugnado e não impugnado), uma vez atacado o prejudicial, o dependente estará *ipso facto* questionado. E não se poderá considerá-lo incontroverso. Porém, o contrário trata-se de caso típico de aplicação do § 6º do art. 273 do CPC.

### **1.3.2 Prova Inequívoca dos Fatos Arrolados na Petição Inicial**

Segundo Theodoro Júnior (2009), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na petição inicial, para não transformar a medida liminar satisfativa em regra, o que afetaria a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF, art. 5º, LIV e LV).

Nery Júnior (2003) destaca que essa prova “é do fato título do pedido (causa de pedir)”, pois como essa medida foi criada somente em benefício do autor, visando a agilização da entrega da prestação jurisdicional, é preciso que seja concedida com parcimônia, de forma que garanta a obediência ao princípio constitucional de igualdade das partes.

A configuração dessa prova do direito do autor e da comprovação das demais circunstâncias autorizadas da antecipação de tutela pode se dar em momento ulterior da marcha processual. Não há impedimento para o requerimento da providência sob análise. Enquanto não se atingir a execução forçada da sentença condenatória, possível



será o uso da tutela antecipatória aludida pelo art. 273 do CPC (THEODORO JÚNIOR, 2009).

### **1.3.3 Convencimento do juiz em Torno da Verossimilhança da Alegação da Parte**

Mezzomo (2005) diz, a respeito da necessidade de provas inequívocas que convençam o juiz a respeito da verossimilhança da alegação, que “parece haver um lapso do legislador”, pois a verossimilhança é costumeiramente associada à tutela cautelar e vista como resultante da simples plausibilidade, com prova inequívoca, associada logicamente à certeza jurídica, já que “a existência de prova inequívoca induz à certeza e não à mera plausibilidade que é própria dos juízos sumários”.

As provas precisam ser contundentes, para convencer o juiz da veracidade do fato, assim, devem ser bastante convincentes, com alta probabilidade de veracidade, mas não inequívocas. Então, pode-se entender que houve um equívoco do legislador explicitado acima.

### **1.3.4 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação**

Silva (2005) faz a observação:

Seria preferível que o legislador empregasse, aqui, a categoria conhecida como *periculum in mora*, muito mais adequada à idéia de antecipação e historicamente ligada às execuções provisórias, reservando a categoria indicada como perigo de dano irreparável para as cautelares.

[...] Ao que tudo indica, porém, estamos na iminência de inverter o emprego dos dois conceitos, teimando em conjugar o pressuposto do *periculum in mora* com as cautelares, para ligar o “receio de dano irreparável” às antecipações satisfativas, quando eles, para manterem-se fiéis às suas origens históricas e dogmáticas, deveriam inverter as respectivas posições, passando o *periculum in mora* a determinar execução urgente, reservando-se a alegação de “receio de dano irreparável” para a tutela cautelar.

Nery Júnior (2003) também utiliza o termo *periculum in mora* para esse requisito e diz que este, juntamente com a existência do abuso do direito de defesa do réu (próximo requisito) são requisitos alternativos, ou seja, a lei exige uma destas duas situações, não sendo, as duas, portanto, cumulativas entre si.





A urgência não tem o condão de transformar a natureza satisfativa-executiva em medida cautelar. O perigo é o mesmo exigido para a concessão de qualquer medida cautelar.

A respeito dos requisitos alternativos, Wambier (2008) afirma que o legislador assumiu o risco de permitir que o juiz profira decisão com base em prova não exauriente.

Para o preenchimento desse requisito basta que o juiz esteja convencido a respeito da impossibilidade ou dificuldade de reparo do dano, por isso se fala em *periculum in mora*, e que esse convencimento seja fundamentado de forma expressa. É importante salientar que se trata de um requisito alternativo, juntamente com o abuso de defesa de direito do réu e, por isso, não é necessário o preenchimento dos dois requisitos, bastando a existência de um deles.

### **1.3.5 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório do Réu**

O art. 273, II do CPC autoriza a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor, quando presente o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O legislador não quis, de forma alguma, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que acontece, nesses casos, é a elevação do índice de verossimilhança do direito do autor a um grau que o deixa muito próximo à certeza. A legitimidade da antecipação de tutela se dá porque se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor (SILVA, 2005).

Na visão de Silva (2005), o legislador deveria evitar condicionar a concessão do provimento antecipatório, nas situações previstas pelo art. 273, II do CPC. O autor afirma que “o comportamento indesejável do réu, nas hipóteses indicadas pelo art. 273, II, faz presumir que ele não disponha realmente de nenhuma “contestação séria” a opor ao autor”. E, assim, a antecipação será concedida porque a verossimilhança do direito do requerente tornara-se ainda mais consistente, devido à conduta do réu, sem que o juiz esteja obrigado a fundá-la nos pressupostos indicados por este dispositivo.



Então, conclui-se não haver necessidade de perigo de dano irreparável à concessão da tutela antecipada com base no art. 273, II, confirmando a hipótese de antecipação de tutela fundada em simples verossimilhança do direito alegado pelo autor (SILVA, 2005).

### **1.3.6 Reversão da Medida Antecipada**

Segundo Wambier (2008), “a tutela antecipada deve ser reversível, isto é, as conseqüências de fato ocorridas como decorrência da decisão proferida devem ser reversíveis, no plano empírico”. A reversibilidade exigida pela lei pode ser *in natura*, o que, conforme Wambier (2008), é sempre preferível, dizendo que “o que se deseja é a possibilidade de voltar ao *status quo ante*, que haja reposição do estado das coisas tais quais existiam antes da providência”. Porém, o provimento é considerado reversível (nos seus efeitos), quando puder existir indenização capaz de compensar, efetivamente, o dano sofrido.

Nery Júnior (2003) diz que no caso de existência de real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, não se deve conceder a medida. Wambier (2008) acrescenta que “há danos que, rigorosamente, não são substituíveis por pecúnia”.

É devido a garantia do contraditório, mesmo que a *posteriori*, que a lei não admite que o juiz conceda antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (art. 273, § 2º, CPC).

Em certos casos deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, ou seja, mesmo tratando-se de “interesse rigorosamente não-indenizável”, devam ser ponderados os valores em questão, e, em função disso, eventualmente, será concedida a antecipação. É o caso de imóvel de valor histórico ameaçando a ruir e representando perigo às pessoas.

No entendimento de Silva (2005), o legislador “exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe concedê-las quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, § 2º, CPC).



---

#### **1.4 TUTELA ANTECIPATÓRIA X TUTELA CAUTELAR**

Tanto a medida antecipatória quanto a medida cautelar propriamente dita representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que as distingue, em substância, é o fato de a tutela cautelar apenas assegurar uma pretensão, enquanto a antecipatória realizar a pretensão de imediato (THEODORO JÚNIOR, 2009).

Nery Júnior (2003) distingue as tutelas da seguinte forma:

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (Código de Processo Civil 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).

A antecipação de tutela só é possível dentro da própria ação principal. Já a medida cautelar é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes da ação principal ou no seu curso.

As medidas cautelares são sempre não-satisfativas e as medidas de antecipação de tutela são de caráter satisfativo provisório, por expressa autorização da lei (THEODORO JÚNIOR, 2009).

É importante, também, que se faça a diferença entre a tutela antecipatória (art. 273, CPC) e o julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC). Nesse sentido, Nery Júnior (2003) ensina que no julgamento antecipado da lide o “juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo, com apreciação da lide (art. 269, CPC)”. Essa sentença é impugnável por apelação e sujeita-se à coisa julgada material, enquanto que na antecipação de tutela o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se o processo, e, portanto, impugnável por recurso de agravo de instrumento e não está sujeita à coisa julgada material.

Como simples incidente do curso do processo, não se submete a apreciação do pedido de antecipação de tutela a nenhum procedimento especial, sendo, pois, objeto de uma decisão interlocutória. A deliberação a seu respeito desafiará o recurso de agravo de instrumento.



---

### **1.5 RESPONSABILIDADE DO AUTOR**

Com a Lei nº 10.444/2002 foi instaurado o regime da responsabilidade objetiva vigente para as execuções obrigacionais, também para as antecipações de tutela do art. 273, que deveriam ter natureza interdital (SILVA, 2005).

### **1.6 A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

O texto anterior do §3º do art. 273, CPC determinava que a execução da medida antecipatória observasse o disposto no art. 588, II e III e a exclusão do inciso I gerava dúvida sobre a possibilidade de condicionamento da tutela antecipada ao requisito da caução. Nos casos de levantamento de depósito em dinheiro, não cabia questionamentos, visto que o inciso II do art. 588, a que remete o §3º do art. 273, prevê, exatamente, a obrigatoriedade de caução idônea, em situação semelhante (THEODORO JÚNIOR, 2009).

O autor destaca que a nova redação desse parágrafo fez com que a remissão passasse a ser aplicada ao art. 588 do CPC em sua totalidade (inclusive ao inciso I). Então, a caução é uma medida que poderá ser utilizada pelo juiz nas medidas cautelares e, também, nas antecipatórias. Porém, isso, não será aplicado como regra obrigatória, porque, em várias situações, a antecipação de tutela pode ser inviabilizada pela exigência de caução prévia e, assim, o dano temido pode tornar-se irremediável, levando ao desprestígio da Justiça e à frustração da garantia constitucional de efetividade da jurisdição.

Para Theodoro Júnior (2009), “a prudência e o bom senso ditarão a necessidade, ou não, de se exigir caução no âmbito da tutela antecipada”. O art. 273, §3º do CPC não determina a aplicação obrigatória das normas da execução provisória à antecipação de tutela, mas sim quando cabível, deixando a cargo do juízo de razoabilidade do juiz.

Além do mais, na própria execução provisória, a reforma operada pela Lei nº 10.444/02, abandonou a exigência generalizada da caução, tendo-a como necessária apenas nos levantamentos de depósito em dinheiro, nos atos de transferência de domínio e em outros atos dos quais possa resultar grave dano ao executado (art. 588, II, com sua atual redação).



Não prevalece mais a previsão genérica de caução para todas as modalidades de execução provisória. O texto do inciso I do art. 588, que previa, também foi reformado.

Nas prestações de natureza alimentar, a execução provisória não reclama caução, desde que observadas certas limitações e exigências legais (art. 588, §2º), nem mesmo para os atos de levantamentos de depósito ou de transferência de domínio. Essa sistemática, como é óbvio, terá de ser aplicada, igualmente, às antecipações de tutela.

Considerando-se a remissão aos parágrafos 4º e 5º do art. 461 e ao art. 461-A do CPC torna-se claro que a antecipação de tutela nas obrigações de fazer e de dar está subordinada, também, aos princípios do art. 273 do referido Código. E, dessa forma, para efetivar a tutela antecipada, o juiz pode usar os meios coercitivos especificados para as obrigações de fazer e de dar, tais como: imposição de multas, determinação de busca e apreensão, remição de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, etc. (THEODORO JÚNIOR, 2009).

O inciso art. 14, V, CPC, determina que as partes têm o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final”, ou seja, em se tratando de tutela de urgência os provimentos são de execução imediata, podendo o juiz usar dos meios disponíveis para efetivar tais medidas, de plano, não havendo, então, necessidade de submissão às regras da *actio iudicati*. “As ordens judiciais serão de cumprimento direto e imediato, sob pena de desobediência e emprego de força policial, se necessário” (THEODORO JÚNIOR, 2009).

### **3.6 CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO CURSO DO PROCESSO**

Os provimentos antecipatórios do art. 273, CPC, não sendo sempre medidas liminares, nada impede que o juiz os conceda nas fases subseqüentes do procedimento, inclusive na sentença final de procedência (SILVA, 2005). O relator do recurso poderá conceder antecipação dos efeitos da tutela, sempre que presentes os pressupostos do art. 273 do CPC.



---

### ***3.7 PRECARIEDADE DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO***

Houve um exagero, no § 4º do art. 273 do CPC, quanto à precariedade do provimento antecipatório, ao dispor que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada “a qualquer tempo”. Medidas antecipatórias não devem ter sua estabilidade tão ou mais precária do que o seriam as medidas cautelares. O legislador deveria ter condicionado a modificação ou revogação dessa tutela à ocorrência de modificações circunstanciais (SILVA, 2005).

### ***3.8 NATUREZA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE A CONCEDE***

Silva (2005) diz que:

Parece evidente que o legislador procurou inserir essa forma de antecipação, não da tutela, mas dos efeitos da tutela – a sugerir que tutelar é apenas declarar a procedência -, sem questionar a estrutura elementar do processo de conhecimento nem a definição de interlocutória, constante do art. 162, muito menos questionando o próprio conceito de processo de conhecimento, ligado ao processo de execução pela sentença condenatória, o que significa preservar incólume o procedimento ordinário, pressupondo que a inserção de uma medida antecipatória não tenha o condão de “desordinarizar” o procedimento.

Silva (2005) afirma que “o ato jurisdicional tem seu conteúdo formado pela declaração; ou pela declaração mais o efeito constitutivo nas ações que sejam constitutivas ou naquelas que, mesmo não tendo esse efeito como sua força preponderante, contenham-no como uma de suas eficácias relevantes”.

Já os demais efeitos da sentença de procedência não fazem parte do conteúdo do ato jurisdicional, sendo apenas conseqüências desse. A execução, tanto obrigacional quanto real, seria jurisdicional apenas como “conseqüência” da verdadeira jurisdição (SILVA, 2005).

Assim como nas medidas antecipatórias, o efeito declaratório não terá relevância, tendo caráter provisório, pode ser modificado ou eliminado. Não haverá verdadeiro julgamento e não haverá decisão de mérito ou de antecipação dos efeitos da tutela, mesmo contendo um juízo de verossimilhança sobre o pedido formulado pelo autor. É simples interlocutória e é denominada “uso alternativo do procedimento ordinário” (SILVA, 2005).

Ao laborar no domínio da prática forense é necessário ter a compreensão de que a antecipação de tutela é concedida através de uma decisão interlocutória, contra a qual



é cabível agravo de instrumento, como ocorre com todas as medidas liminares (SILVA, 2005).

As medidas que antecipam efeitos da tutela pretendida pelo autor satisfazem, antecipadamente, essa parcela de efeitos do ato jurisdicional final, o que acontece em qualquer sentença satisfativa (SILVA, 2005).

Mesmo que as medidas antecipatórias do art. 273 não sejam necessariamente medidas liminares, serão sempre antecipações dos efeitos de uma sentença satisfativa, portanto realização provisória dos eventuais efeitos da sentença de procedência.

Silva (2005) destaca que:

Todo provimento antecipatório dos efeitos de uma futura sentença de procedência, em demanda satisfativa, deve apresentar o seguinte espectro eficaz: a) juízo declaratório de verossimilhança, por meio do qual o julgador manifestará seu convencimento a respeito de *fumus boni iuris*, ou seja, o juiz haverá, necessariamente, para conceder a antecipação da tutela pretendida pelo autor, de ter como verossímil o direito que o autor pusera como fundamento para a ação; b) com base nesse juízo de probabilidade da existência do direito alegado pelo autor, o magistrado proverá ordenando que se tomem medidas executivas ou mandamentais, em que haverá de consistir os efeitos antecipados. Com relação à antecipação dos efeitos executivos, as medidas antecipatórias devem respeitar a natureza da pretensão de direito material invocada na ação: se a pretensão executiva fundar-se em relação obrigacional, o provimento antecipará condenação, dando ensejo à formação (antecipada) do título executivo, com base no qual proceder-se-á à execução provisória da medida antecipatória; se, ao contrário, a hipótese for de pretensão real, então o provimento antecipatório dará lugar à execução imediata, na própria relação processual supostamente de (puro) conhecimento. Esse último caso pode ser ilustrado com o exemplo da ação de despejo, que poderá admitir a concessão de uma medida antecipatória de despejo, segundo o art. 59, §1º, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (e agora igualmente segundo o art. 461-A), que não se subordina ao procedimento das execuções para entrega de coisa certa, previsto pelo Código para as execuções fundadas em sentenças condenatórias.

Os efeitos da tutela pretendida deverão consistir em alguma forma de tutela executiva ou mandamental, pois os outros possíveis efeitos da sentença, declaratórios, constitutivos ou condenatórios, são incompatíveis com a antecipação provisória (SILVA, 2005).

Silva (2005) afirma que:

O juiz não poderá antecipar declaração, constituição ou condenação sob forma de tutela provisória, e, se o fizer, seu provimento será inteiramente inócuo, sem relevância processual. Se o juiz dissesse, por exemplo, numa ação declaratória de ilegalidade de exigência fiscal, que “tudo indica que o tributo é realmente ilegal”; ou dissesse que, “pelas provas até agora existentes nos autos, sou levado a supor que o autor realmente tem razão”; ou declarasse, no provimento liminar, mais ou menos isto: “o direito



do autor apresenta-se com um elevado grau de verossimilhança”; ou então, numa ação de anulação de contrato, afirmasse: “pela prova de que disponho até agora, considero verossímil a alegação do autor, razão pela qual decreto a anulação provisória do contrato”; ou então, numa ação condenatória, expedisse decisão liminar com este teor: “o réu é provisoriamente condenado, até que eu possa confirmar ou revogar esta condenação na sentença final” – todas essas proposições não teriam nenhuma relevância processual.

## **2 FUNGIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DA MEDIDA CAUTELAR**

Fungibilidade significa troca, substituição de um recurso, interposto inadequadamente, por outro, que seria o correto para determinada decisão judicial e princípios são, normalmente, regras, e, assim, não necessitam de previsão expressa em normas legais, visto serem decorrentes do próprio sistema jurídico. Por isso, a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CPC, o qual contém hipóteses capazes de gerar dúvida objetiva a respeito da adequação do recurso ao ato judicial de recorrer. Então, somente naqueles casos em que fique difícil definir qual dos recursos é cabível é que se pode aplicar o princípio da fungibilidade, para que a parte não seja prejudicada por aquilo que não deu causa: a dúvida objetiva na interposição do recurso (NERY JÚNIOR, 2003).

A respeito dos requisitos necessários para a aplicação do princípio da fungibilidade, é preceituada a exata aplicação do artigo 810 do CPC de 1939, isto é, para a sua aplicação se faz necessária a não incidência de erro grosseiro e má-fé. Porém, para Baggio (2003), essa não é a melhor alternativa, pois não admite o requisito negativo de má-fé e lembra do desagrado da doutrina quanto à extrema dificuldade para fixar os seus contornos e os seus pressupostos caracterizadores e afirma que os requisitos para a aplicação desse princípio são a dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro.

Agora, cabe a pergunta se a fungibilidade na da tutela de urgência também segue os requisitos da fungibilidade recursal (dispostos no art. 810, CPC/39), a saber: a inexistência de erro grosseiro ou má-fé e a dúvida objetiva, ou seja, a plausível sobre qual a medida cabível.

O objeto da inovação legislativa é o de aproveitar pedido incidental articulado equivocadamente pela parte, evitando seu indeferimento de plano, preservando, dessa



forma, a segurança do bem da vida que as circunstâncias demonstrem uma verdadeira “zona cinzenta” (FIGUEIRA JÚNIOR, 2001).

A seguir pode-se verificar a posição de diversos autores a respeito desse tema:

- Wambier (2008) admite a fungibilidade entre as tutelas de urgência, típicas ou atípicas, baseado no argumento de que se a todo direito corresponde uma ação, a todo direito corresponde, também, uma cautela. Afirma que assegurar o direito de ação corresponde a assegurar o direito à eficácia de providência jurisdicional pleiteada, desde que demonstrado o risco de comprometimento. Se não estiverem preenchidos os requisitos do tipo legal, mas demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* deve o magistrado conceder a medida inominada;
- Dinamarco (2002) diz que “é regra processual surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor, mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito”. Afirma que o que importa é a capacidade dos fatos narrados, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula;
- Lopes (2002) também não tolera a incidência da fungibilidade no caso de erro grosseiro, o qual exemplifica com o requerimento de medida cautelar nominada;
- Assis (2001), antes mesmo da Lei 10.444/02, já identificava o caráter residual e subsidiário das medidas de urgência atípicas, afirmando que a redação atribuída ao artigo 798 do CPC caracteriza a subsidiariedade, bem como, em alguns casos específicos, a lei atribui requisitos especiais para a concessão da medida – “prova literal da dívida líquida e certa”, de acordo com o disposto no artigo 814, I, que não podem ser suplantados ou genéricos. O autor diz que o requerente de providência litesreguladora evitaria os requisitos especiais, optando pelas cláusulas gerais dos arts. 273 e 798 do CPC, tornando morta a letra da lei, o regulamento das medidas típicas.

Pode-se verificar que a doutrina que pretende aplicar os requisitos negativos da fungibilidade recursal na esfera da fungibilidade entre medidas de urgência não admite a aplicação desse princípio entre as medidas típicas, pois ao exemplificar o que seria erro grosseiro ou inexistência de dúvida objetiva citam a hipótese do requerimento inadequado procedimentalmente de medida típica.



Percebe-se que as medidas antecipatória e cautelar não foram suficientemente assimiladas, compreendidas e distinguidas pela doutrina e pela jurisprudência e, por isso, as imprecisões conceituais não devem turbar a efetividade dessas tutelas de urgência, visto que não se pode considerar como “erro grosseiro” as questões que são objeto de divergências doutrinárias. Além disso o texto legal não traz ressalvas ou condições para a aplicação do princípio da fungibilidade. A norma se deteve ao preenchimento dos seus requisitos.

Por essas razões, entende-se que os requisitos da fungibilidade recursal não se aplicam à fungibilidade entre as medidas de urgência.

Caso o juiz se depare com medida típica requerida inadequadamente como atípica, deve analisar seus pressupostos legais específicos e, caso os verifique, pode conceder o pleito. Caso não verifique a existência desses requisitos, mas entenda que existe urgência capaz de tornar sem efeito a prestação jurisdicional, deve conceder a medida sob a forma inominada (BAGGIO, 2003).

### ***2.1 A FUNGIBILIDADE PREVISTA NO § 7º DO ART. 273***

A Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, através da introdução do § 7º ao art. 273 do CPC, trouxe uma substancial alteração no instituto da tutela antecipada, estabelecendo a fungibilidade entre esse e a medida cautelar. O causídico, agora, não precisa ter receio de requerer uma tutela em lugar de outra, pois o julgador, fica autorizado a conhecer e deferir a medida cautelar no caso do autor requerer a antecipação da tutela, quando, na verdade, for cabível a tutela cautelar, desde que estejam presentes os pressupostos legais e imprescindíveis à concessão do provimento. Assim, se o advogado se equivocar ao pedir uma medida cautelar dentro do processo de conhecimento, e atribuir-lhe o rótulo de “tutela antecipada”, ao analisar o requerimento, o juiz, ao verificar que a medida pretendida tem natureza cautelar e que estão presentes os seus requisitos, deverá concedê-la (TIMBÓ, 2005).

Na exposição de motivos do anteprojeto nº 13, que foi objeto da Lei nº 10.444/02, ao tratar da norma do § 7º, os Ministros Sálvio Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro justificaram sua inclusão no ordenamento processual civil em razão do princípio da economia processual com a adoção da fungibilidade procedimental entre as tutelas de urgência (BAGGIO, 2003). O entendimento da doutrina brasileira, segundo



Timbó (2005), é que a inserção desse parágrafo se deu para mitigar a aplicabilidade do processo cautelar na atividade jurisdicional, visto ser, a antecipação de tutela, muito mais conveniente, cômoda e barata.

Wambier (2008) afirma que “muitas medidas encontram-se em uma “zona cinzenta”, entre o terreno inequivocadamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação”. Estabelece-se, assim, verdadeira “dúvida objetiva” semelhante à que autoriza a aplicação do princípio da fungibilidade, na seara dos recursos. E diz que, nos casos urgentes:

O juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por entender que ela não foi requerida pela via que reputa cabível. Nessa hipótese, se presentes os requisitos, o juiz tem o dever de conceder a tutela urgente pretendida e, se for o caso, mandar a parte posteriormente adaptar ou corrigir a medida proposta.

Porém, é necessário que a dúvida quanto ao instrumento processual cabível para requerer o provimento tutelar, seja plausível, para que não privilegie a má-fé, pois o ajuizamento de uma ação cautelar implica o ônus das custas judiciais e o pagamento de honorários advocatícios à parte sucumbente, enquanto que no pedido de antecipação da tutela, não existe esse ônus. De acordo com o art. 20 do CPC, os honorários advocatícios advirão de sentença condenatória e não de decisão interlocutória condenatória, motivo pelo qual não haverá pagamento da verba honorária na decisão que concede ou denega o pedido de antecipação de tutela e também não haverá o pagamento de custas judiciais, uma vez que por ocasião do ajuizamento da ação principal é que há o adimplemento da referida obrigação legal, restando claro, dessa forma, que o novel dispositivo legal não tem o fito de abrandar a aplicabilidade da medida cautelar e, sim, de emprestar maior efetividade ao processo civil.

É conferido ao novo texto legal a condição de tornar praticamente irrelevante a distinção acadêmica entre as duas medidas e entende que “cabe provimento provisório, quer se trate de antecipar os efeitos do provimento definitivo, quer se trate apenas de assegurar-se sua eficácia prática” (TESHEINER, 2005).

O Desembargador do TJRS, Nereu José Giacomolli (apud TIMBÓ, 2005), trata dessa matéria com muita percuciência, o que pode ser percebido na decisão monocrática proferida por ele em sede de agravo de instrumento, nº 70007523038, da 9ª Câmara Cível:



Com efeito, a Lei nº 10.444, de 07/05/2002, introduziu o parágrafo 7º, no art. 273, do CPC, criou a regra de fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias, de modo a permitir ao juiz a conversão do pedido de tutela antecipada em medida cautelar, com o processamento desta em autos apartados.

Com esta nova disposição, tem o demandante ora agravada a faculdade de optar pelo pedido de tutela antecipada ou pelo ajuizamento de cautelar, pois a Lei antes mencionada não visou impedir o ajuizamento de cautelares.

Embora a existência de corrente jurisprudencial entendendo que a partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual, não mais se justificaria o ajuizamento de cautelar, quando o provimento da liminar pode ser obtido na própria ação de conhecimento, mediante antecipação da tutela, tenho que compete à parte autora decidir qual a melhor forma de obter o provimento judicial que objetiva conseguir.

Theodoro Júnior (2009) afirma que na introdução, no ordenamento processual civil brasileiro, da antecipação de tutela, houve o cuidado de ressaltar a diversidade de requisitos entre ela e a tutela cautelar, embora ambas se preocupassem com o mesmo problema de eliminação do perigo de dano enquanto se aguarda a solução definitiva do litígio. Tecnicamente é possível distinguir-se, com certo rigor, o terreno de cada uma destas medidas.

Deve-se considerar que o deferimento da medida antecipatória como medida cautelar determinará que a ação cautelar incidental seja processada no processo principal, sendo assegurado ao demandado o direito do contraditório, com produção de prova e sentença (SILVA, 2005).

A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar supõe que a medidas cautelar seja provisória, para ser substituída pela sentença de procedência, como as concebe o direito italiano, para os chamados “*provvedimenti d’urgenza*” do art. 700 de seu CPC (SILVA, 2005). O autor ensina que,

em virtude do compromisso de nosso direito com essa vertente doutrinária, não se faz distinção entre uma medida cautelar e outra que seja antecipatória. Para nossa doutrina, todas as cautelares, no fundo, só podem ser antecipatórias. Como é natural, com esse expediente, reduz-se a tutela cautelar a simples “medidas”, eliminando-se as autênticas “ações cautelares”, que são preventivas. Como o sistema não se harmoniza com as tutelas preventivas, o máximo que é permitido são tutelas que antecipem a futura “tutela repressiva”.

A idéia de separar totalmente as medidas cautelares (conservativas) das medidas antecipatórias (satisfativas) foi uma tarefa ambiciosa intentada, somente, pelo direito brasileiro. No direito europeu o que se fez foi simplesmente alargar o conteúdo do poder





geral de cautela. Foi, então, por meio da própria tutela cautelar que se chegou aos casos excepcionais de medida de antecipação da satisfação do direito subjetivo do litigante (DINAMARCO apud THEODORO JÚNIOR, 2009).

A conclusão de Theodoro Júnior (2009) se fixou, desde os primeiros momentos de exigência da tutela antecipatória, na necessidade de não dogmatizar a distinção entre medida cautelar e medida antecipatória. Assim, não seria aceitável indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou, rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.

Segundo Theodoro Júnior (2009) não se pode tolerar a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

A recente reforma legislativa operada pela Lei nº 10.444/ 2002, que introduziu no CPC o § 7º do art. 273, tornou solução legal expressa justamente a fungibilidade que Theodoro Júnior (2009) apontava como necessária entre medida antecipatória e medida cautelar.

Assim, dispõe o novo dispositivo do Código: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental”.

A novidade trazida pela inserção desse parágrafo vem causando perplexidade, quanto a sua extensão, nos operadores do direito. Existe uma corrente, da qual Theodoro Júnior (2009) faz parte, que afirma que a interpretação desse dispositivo esvazia a necessidade quanto ao ajuizamento de ações cautelares incidentais e isto acarretaria na caducidade de boa parte das normas alusivas ao procedimento cautelar.

Theodoro Júnior (2009) diz que,

Ainda que fosse verdade, ter-se-ia de louvar o legislador e não censurá-lo por encontrar meio mais expedito de assegurar a efetividade da



prestação jurisdicional desvencilhando a tutela de emergência de entraves procedimentais desnecessários. A verdade, porém, é bem outra: se é possível chegar-se, em caráter incidental, até a uma medida de mérito (tutela antecipatória), porque não se fazer o mesmo com uma providência menos agressiva e muito mais singela como é a medida cautelar?

Salienta-se que o pedido de antecipação submete-se a requisitos mais rigorosos que os da medida cautelar, como o da prova inequívoca. Se ao invés de postular tutela antecipada a parte requer medida cautelar sujeitando-se aos rigores do art. 273, nada impede que o juiz lhe defira a providência conservativa dentro do procedimento das medidas antecipatórias.

As utilidades da ação cautelar não desaparecerão apenas por esse motivo. As medidas preparatórias somente serão disponibilizadas dentro da ação cautelar, pois nesse ponto não existe ainda processo principal, em cujo bojo se possa pleitear a providência de prevenção.

Theodoro Júnior (2009) afirma que sempre que a medida cautelar se mostrar complexa e exigir dilação probatória mais ampla, que não se comportar na fase em que se acha o processo principal, deve-se admitir a fungibilidade e ordenar que seja processada em apenso, segundo o rito das ações cautelares. Assim, pode-se deferir a medida liminar, havendo real urgência, desde logo e, em seguida, assegurar-se o necessário contraditório, sem tumulto do processo principal.

Dessa maneira, conforme Theodoro Júnior (2009), pode-se utilizar o regime da fungibilidade do art. 273, § 7º da seguinte maneira:

- a) Requerida a medida cautelar sob o rótulo de medida antecipatória, e satisfeitos os requisitos de prova preconstituída e demais exigências do art. 273 e parágrafos, o juiz a deferirá, de imediato, como incidente do processo principal, da mesma maneira com que atua frente ao pedido de tutela antecipada;
- b) Se não houver urgência que a torne inadiável ou se faltar algum requisito dos elencados pelo art. 273 e parágrafos, o juiz não indeferirá o pedido cautelar disfarçado em providência antecipatória; determinará seu processamento apartado, dentro dos padrões procedimentais da ação cautelar;
- c) Será objeto de autuação à parte, também, a medida cautelar que se requer incidentalmente no processo principal, em estágio em que não mais será viável formar-se o contraditório próprio das ações cautelares, a não ser fora daquele feito;
- d) De maneira alguma, porém, poderá o juiz indeferir medida cautelar sob o simples pretexto de que a parte a pleiteou erroneamente como se fosse antecipação de tutela; seu dever sempre será o de processar os pedidos de tutela de urgência e de afastar as situações perigosas incompatíveis com a garantia de acesso à justiça e de efetividade da prestação jurisdicional, seja qual for o rótulo e o caminho processual eleito pela parte. O que lhe cabe é verificar se há um risco de dano grave e de difícil reparação. Havendo tal



---

perigo, não importa se o caso é de tutela cautelar ou de tutela antecipada: o afastamento da situação comprometedora da eficácia da prestação jurisdicional terá de acontecer.

## **2.2 APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

São duas as situações processuais decorrentes da fungibilidade entre as tutelas de urgência: medida cautelar requerida como antecipação de tutela e antecipação de tutela requerida como medida cautelar.

### **2.2.1 Medida Cautelar Requerida como Antecipação de Tutela**

Essa é a hipótese prevista na Lei 10.444/02.

O art. 273, §7º, CPC determina: “Se o autor, a título de antecipação dos efeitos da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Essa Lei consagrou a aplicação do princípio da fungibilidade, admitida, anteriormente pela jurisprudência.

Nery Júnior (2003) afirma que “quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado”. Nessa situação, “o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar”.

É importante lembrar que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos dos que os da tutela cautelar e que esta só poderá ser deferida se estiverem presentes os seus requisitos: *fumus boni iuris e periculum in mora* (NERY JÚNIOR, 2003).

O deferimento da medida antecipatória como medida cautelar implica que se processe a ação cautelar incidental ao processo principal, assegurando-se ao demandado o contraditório, com produção de prova e sentença (SILVA, 2005).

Baggio (2003) afirma que vários autores concordam que o magistrado deve ordenar o prosseguimento da pretensão acautelatória, com base no Livro III do CPC, que regula o processo cautelar e que é providencial a determinação de emenda à petição inicial para que o autor regularize o prosseguimento do feito. É necessário, também, que



os autos sejam apartados e sua instrução deve seguir as demais condições do processo cautelar autônomo.

Porém, a interpretação literal do referido dispositivo leva a crer que a medida cautelar deve ser concedida, se preenchidos os seus requisitos, e processada nos autos do processo principal. Alvim (2003) ensina que se “resolverá o assunto tal como se resolveria um pedido de antecipação, ou seja, nos próprios autos, no que difere dos procedimentos cautelares”.

A legislação já autorizava a tutela cautelar no processo de conhecimento e de execução em casos restritos e limitados: mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, ações referentes à inconstitucionalidade, ações que tenham por objeto a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, arresto (art. 653, CPC), o seqüestro de livros, correspondência e bens do devedor (art. 12, § 4º, da Lei de Falências), realização de certos atos que podem resultar graves danos ao executado (art. 588, II, CPC) - levantamento de depósito em dinheiro e outros que importem alienação de domínio - desde que seja efetuada a cautela através de caução idônea requerida e prestada nos autos da execução.

Alvim (2003) destaca que já vinham sendo deferidas medidas de natureza cautelar no bojo do processo principal, a dispensar um novo processo cautelar, em face de sua simplicidade. O autor confirma sua posição e a ilustra com os seguintes exemplos: “requisição de documento comum em poder da outra parte, suspensão temporária de uma licitação, reserva de matrícula numa instituição de ensino”, etc.

Figueira Júnior (2001) defende posição intermediária, sustentando que a solução no próprio processo principal, exceto em diversas situações arroladas em que não se aconselha a concessão da tutela cautelar incidental. Essas situações referem-se às determinadas possibilidades de que a fungibilidade venha a causar prejuízos ou verdadeiro tumulto processual. Essas situações são:

- a) Quando se fizer imprescindível a produção de prova em audiência (a exemplo do que ocorre no processo cautelar em audiência de justificação);
- b) Se não puder ser concedida sem a ouvida da parte contrária;
- c) Se o juiz puder antever que, nada obstante a possibilidade de concessão da tutela cautelar *inaudita altera parte*, diante das particularidades do caso, o réu necessitará produzir contraprova (documental ou testemunhal), terminado por acarretar verdadeiro tumulto processual;
- d) Quando os autos estiverem fora de cartório e a espera colocar em xeque a efetividade da providência pleiteada;
- e) Quando a fase instrutória estiver concluída ou em vias de conclusão;



- f) Durante a fase decisória;
- g) Após a publicação da sentença.

Figueira Júnior (2001) acrescenta, também, outras situações, onde a “auspiciosa fungibilidade dos pedidos significar complicações de ordem processual ou procedimental, capazes de ensejar tumultos ao trâmite regular do processo”, deverá o juiz determinar que o pedido cautelar seja apartado e instruído em processo autônomo.

Se discute aqui não apenas a forma procedimental, mas, sim a própria autonomia do processo cautelar. Se prevalecer a primeira corrente, mantém-se o processo cautelar, e todo o resto, na forma como está. Porém, ao admitir que o juiz possa simplesmente deferir a medida cautelar requerida via antecipação de tutela a dispensar o processo cautelar, afronta-se diretamente a autonomia funcional prevista em lei e entra-se numa esfera bem mais complexa.

O juiz determinando desentranhar o pedido e apensá-lo aos autos com nova numeração, ordenando a emenda à petição inicial para o fim de instrução do processo cautelar, com contraditório próprio, dilação probatória, sentença, recurso próprio, etc., parece que permanece assegurado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Entretanto, onera-se as partes em honorários sucumbenciais e despesas processuais, submete-se os servidores do Poder Judiciário à elaboração de expedientes e a zelar pelo processamento do feito, enfim, aumenta-se a burocracia e os problemas práticos ocasionados pelo acúmulo de serviço. Também significa mais trabalho para os magistrados que deverão instruir outro feito e julgá-lo ao final, salvo se resolverem, como usualmente ocorre após a apreciação do pedido cautelar, suspender o processo para julgamento conjunto com o principal. Isso sem falar no argumento ambientalista que observa o “consumo antiecológico de papel”.

Mesmo assim, importa analisar se a opção pela hipótese que defere o pedido nos autos do próprio processo principal a dispensar a instrução de outro autônomo, também assegura o contraditório e a ampla defesa, sendo que, salvo melhor juízo e outras situações ainda não visualizadas, é a opção mais prática para efetivar a prestação jurisdicional.

Baggio (2003) diz que esse problema parece não ter solução e destaca que não se pode esquecer o que ocorre com as ações possessórias, em que se processa normalmente, sendo ou não adiantado o bem da vida em questão. E questiona: “Se



podemos antecipar, por que não poderemos acautelar? Qual é a dificuldade em seguir os mesmos caminhos das possessórias que até hoje funcionam perfeitamente?”.

Na realidade, não se trata de criação de um novo procedimento, apenas de seguir a adaptação proposta para o processamento do pedido que requer a antecipação de tutela.

O prazo para que o requerido manifeste-se sobre o pedido de antecipação de tutela é discutido. Alguns autores sugerem o prazo de 05 (cinco) dias (do art. 185, CPC) outros sugerem, por analogia, 72 (setenta e duas) horas (Lei nº 8.437/92, art. 2º). Neste trabalho, considera-se mais adequado o prazo de 05 (cinco) dias.

Quando for necessária a comprovação da situação fática urgente indispensável à concessão da medida antecipatória, o juiz poderá deferir providências instrutórias, convocando, inclusive, audiência de justificação prévia, como prevê a lei para outras hipóteses (art. 804, CPC – processo cautelar; art. 928, CPC – ações possessórias; art. 1.050, § 1º, CPC – embargos de terceiro; Lei nº 7.347/85 – ação civil pública; e Lei nº 8.078/90 – ações de defesa do consumidor).

Se a legislação permite instruir o pedido de antecipação de tutela sem ser necessária a instauração de processo próprio, parece viável que simples medida cautelar seja apreciada e instruída também sem a necessidade de outro processo. Então, vale a máxima: “quem pode o mais, tem de poder o menos”.

Também não se pode deixar de considerar que o sistema processual vigente possibilita a produção de provas de ofício pelo magistrado, isto é, o juiz, em seu critério de ponderação e valorização dos direitos envolvidos na situação de urgência, pode determinar o depoimento pessoal das partes (art. 342, CPC), a oitiva de testemunhas (art. 418, CPC), prova pericial (arts. 420 e 437, CPC) por exemplo. Tudo isso sem esquecer a possibilidade de exigência de contracautela (art. 804, CPC), e do poder geral de cautela (art. 798, CPC).

Concedida a medida, com ou sem audiência de justificação, o prejudicado poderá utilizar-se do recurso próprio de agravo de instrumento, cabível à espécie, pois trata-se de decisão interlocutória, para ver novamente apreciada a questão, agora pelo órgão *ad quem*, em nome do princípio do duplo grau de jurisdição.

Para o caso de agravo de instrumento, a lei determina que o agravante junte aos autos principais cópia de seu recurso, como condição de sua admissibilidade (art. 526, CPC), momento em que o juiz poderá, se já não o fez, examinar as razões do





prejudicado e, se for o caso, reconsiderar sua decisão. Cabe, aqui, lembrar que a medida proferida não é definitiva, isto é, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Respeitada posição contrária, parece que o sistema possibilita ao magistrado proferir decisão cautelar, típica ou atípica, no bojo do processo principal, sem a necessidade de instauração de outro processo, salvaguardando o contraditório e a ampla defesa.

Mesmo antes da inovação legal, Tesheiner (2005) já identificava que a melhor solução seria a de reunir as medidas cautelares e as antecipatórias sob o gênero comum de medidas de urgência, ou melhor, medidas de litisregulação.

Almeida (2002) não concorda com a autonomia do processo cautelar. Entende que seja desnecessária a manutenção de “institutos arcaicos”, pois se “o legislador previu, nos mesmos autos, antecipar a própria decisão de mérito da lide, nada obsta que possa o magistrado deferir liminar, apreciada como um simples pedido no processo de conhecimento”.

É comum a suspensão do processo cautelar após a concessão da medida liminar para que o magistrado sentencie simultaneamente ao principal, não ocorrendo contraditório ou dilação probatória, mormente porque as provas a serem produzidas na cautelar autônoma podem ser as mesmas da ação principal.

Acredita-se ser plenamente viável que o juiz receba o pedido cautelar incidental (típico ou não) ao processo principal (de conhecimento ou de execução, esse último conforme o disposto pelo art. 598, CPC, ao prever a aplicação subsidiária das regras que regem o processo de conhecimento) e o aprecie nesta seara, deferindo-o ou não, conforme os requisitos específicos de cada medida, sendo dispensável que um simples pedido de cautela venha a ensejar outro processo autônomo.

Tem-se como medida salutar para garantir o contraditório, que o juiz determine a ouvida do requerido antes de conceder a medida cautelar, em prazo não superior a 05 (cinco) dias (art. 185, CPC), podendo ser diminuído conforme o juízo de conveniência do juiz em razão do grau de complexidade da causa e da urgência em promover a medida. A manifestação do réu pode ser suprimida nos casos em que a urgência da situação ou a ciência do réu possam frustrar a efetividade da jurisdição.

A concessão da medida cautelar incidental ao processo principal obedece aos mesmos procedimentos referentes à instrução do pedido de antecipação de tutela, exceto



que a medida cautelar poderá ser concedida de ofício ao contrário do que ocorre com a antecipação.

Para as medidas urgentes de maior complexidade, Talamini (2003) sugere a “autuação apartada dos termos que documentem a efetivação da medida de urgência para atenuar os transtornos ao procedimento relativo à tutela principal”. O autor ressalva que os autos próprios não corresponderiam, entretanto, a processo autônomo.

De acordo com Baggio (2003), “dessas conclusões, cabe atender para um de seus reflexos: a possibilidade da cumulação de pedidos cautelares e de conhecimento, que já vinha sendo flexibilizada pela jurisprudência e que, agora, com esse novo dispositivo, forçará o novo exame de nossos manuais e apostilas”.

Assis (2001) identificou que “quaisquer que sejam as situações cautelandas, trazidas pelo autor à apreciação judicial, ainda que importem providências em princípio incompatíveis, tudo se presume irrelevante em virtude do caso de periclitación dos supostos direitos, objeto da demanda cautelar”.

Assim, diante da nova disposição legal, não há como deixar de atentar para a possibilidade de cumulação de pedidos cautelares no processo de conhecimento ou de execução, pois, em se tratando de situação de urgência, a cautela pode ser concedida e processada nos autos do processo principal, independente do momento em que for requerida.

Por fim, cumpre atender ao atual estado de espírito da tutela de urgência. Diante da larga discussão em sede doutrinária, dos diversos entendimentos jurisprudenciais e da legislação positiva em vigor, conclui-se que o procedimento a ser seguido, pelo menos por enquanto, deve ser uma opção da parte. Se o requerente entender que o melhor é pleitear medida cautelar em processo autônomo, que assim o faça: se preferir, todavia, pleiteá-la incidentalmente ao processo ajuizado, não existe óbice.

### **2.2.2 Antecipação de Tutela Requerida como Medida Cautelar**

A aceitação, ou não, da fungibilidade na hipótese inversa, ou seja, o deferimento de antecipação de tutela requerida como medida cautelar é outro ponto bastante polêmico, pois a lei não expressou claramente o limite da fungibilidade, não determinou se poderia ou não.



Segundo Baggio (2003), a corrente liderada por Dinamarco e Wambier está mais preocupada com a efetividade do processo e com a instrumentalidade de suas formas do que com a preservação do apego ao formalismo, admitindo, então, a hipótese inversa, sendo a fungibilidade entre as medidas de urgência de via de mão dupla.

Deve-se lembrar que razões de ordem formal não podem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final (WAMBIER, 2008).

Salienta-se, também, que as duas tutelas fazem parte de um único gênero (das tutelas de urgência) e, no caso do juiz se ater ao rigor técnico classificatório, corre-se o risco de indeferir medida de urgência apenas por causa de uma questão de ordem formal, prejudicando o litigante da efetividade do processo. “Dessa forma, formular um pedido de natureza cautelar em desacordo com o procedimento eleito pela lei processual não passa de mero equívoco formal ou procedimental” (THEODORO JÚNIOR, 2004). A regulamentação separada da tutela antecipada não veio para o CPC para restringir a tutela de urgência, e sim para ampliá-la, de modo a proporcionar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave se torne irremediável e se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz dessa tutela.

Por via contrária lógica e pelo mesmo princípio teleológico, é possível o deferimento de medida antecipatória requerida equivocadamente como cautelar (WAMBIER, 2008).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, parece não haver motivos para maiores discussões em 2003, o Ministro Moreira Alves, em julgamento de cautelar inominada que objetivava a concessão de efeito suspensivo às decisões das instâncias inferiores desfavoráveis, entendeu que o verdadeiro desiderato dessa ação cautelar era a obtenção de tutela antecipada em recurso extraordinário. Nas razões de seu voto consignou que excepcionalmente se admite a tutela antecipada em recurso extraordinário, desde que preenchidos os requisitos do art. 273, CPC, o que não ocorreu no caso. Mesmo assim, importa dizer que não houve qualquer óbice a impedir a apreciação do requerimento, sendo aplicada diretamente e sem qualquer justificativa a fungibilidade entre as tutelas de urgência.

A fungibilidade entre as tutelas de urgência tem sido admitida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no caso de atribuição de efeito suspensivo à ação



rescisória, em duas diferentes oportunidades: uma de antecipação e outra de medida cautelar.

Abaixo pode-se visualizar a decisão do RESP nº **351766/SP** (BRASIL, 2002):

**Ementa**

[...]

- Cabe medida cautelar em ação rescisória para atribuição de efeito suspensivo à sentença rescindenda.

- Se o autor, a título de antecipação de tutela requer providência de natureza cautelar, pode o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado, em atendimento ao princípio da economia processual.

- Não há o *fumus boni iuris*, requisito da suspensão da execução da sentença rescindenda, se a ação rescisória se funda em ofensa a literal disposição de lei e a sentença se baseou em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.

Com a vigência do §7º do art. 273, CPC, a 3ª Turma do STJ manteve o entendimento antes esposado e admitiu a fungibilidade entre as tutelas de urgência, no caso, a hipótese inversa. Esse posicionamento pode ser visto na MC **6206 / SP** (BRASIL, 2002).

Também o Egrégio TJRS já amparou a fungibilidade da via inversa em muitas decisões. Abaixo, destacam-se uma dessas decisões (BRASIL, 2005):

**SUSTAÇÃO DE PROTESTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MEDIDA CAUTELAR. TUTELA DE URGÊNCIA. FUNGIBILIDADE.** O § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil contém regra de **fungibilidade** processual recíproca das tutelas de urgência. Ausência de consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza jurídica da pretensão de sustação de protesto. Cabimento da **tutela** de urgência seja em sede de cautelar, seja na modalidade de **antecipação** de **tutela**. Agravo de instrumento provido, de plano.

Assis, em julgamento de Apelação Cível da qual foi Relator, entende da mesma forma aqui exposta sobre a possibilidade da hipótese inversa, desde que se trate de medida inominada. Assim restou consignado em seu voto (BAGGIO, 2003):

No caso, pouco importa a natureza da medida pleiteada. Na verdade, como a distinção entre medida cautelar e medida satisfativa é tênue, resultando do consenso dos doutos que muito divergem a respeito, tratando-se de medida inominada, afeta aos regimes dos artigos 798 e 273, respectivamente, do Cód. de Proc. Civil, urge admitir a chamada fungibilidade de meios. Em outras palavras, é lícito pleitear simples medida cautelar, ainda que não por via autônoma, mas incidentalmente, ou veicular autonomamente medida antecipatória.



A fungibilidade na hipótese em que a parte requer, em processo autônomo, medida antecipatória, mesmo já presente outro processo, dito principal, parece mais simples do que aquela requerida de forma preparatória.

Na primeira, identificado o caráter satisfativo/antecipatório do requerimento, o magistrado receba a ação “cautelar” como mera petição, determinando sua juntada aos autos principais. Então, passe a analisar os requisitos necessários para o deferimento da medida. Tal procedimento afasta o formalismo de extinguir a ação cautelar incidental e, ao mesmo tempo, preserva o princípio da racionalidade e da economia processual, pois não prossegue com o normal andamento do processo cautelar.

Na outra hipótese, onde o autor pleiteia medida satisfativa em caráter preparatório. De acordo com Dinamarco (2002) a medida trata de verdadeira tutela antecipada, pois não existe a garantia do resultado do processo, e sim das pessoas e do seu patrimônio. Porém, essa demanda vem sendo ajuizada e deferida em caráter antecedente, sendo curiosa “a crença de que, rotulando de cautelar o que cautelar não é, se possa chegar a resultados que seriam impossíveis se o rótulo fosse outro”.

Dinamarco (2002) sugere uma interpretação teleológica e sistemática do disposto no art. 796 do CPC que permite a propositura de ação cautelar preparatória, para se chegar ao resultado imperativo da garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa. Essa interpretação de que fala o jurista é o germe do chamado Regime Jurídico Único das Tutelas de Urgência. Essa providência também é justificada para os casos em que o autor, em razão de urgência, ainda não possua todos os elementos para instruir a demanda principal, mas tenha os suficientes para comprovar o juízo de verossimilhança.

Ao tempo da edição do CPC, em 1973, não se percebia com nitidez a diferença entre as medidas de urgência de natureza cautelar e de natureza satisfativa.

Nesses casos, o juiz pode receber a ação cautelar preparatória e apreciar o pedido liminar, com o cuidado de o fazer com base nos pressupostos de antecipação de tutela. Então, pode determinar a conversão para o rito comum (ordinário ou sumário), intimando o autor para que promova as devidas adaptações.

Nery Júnior (2003) defende que o juiz deve dar oportunidade ao autor para que faça as adaptações necessárias no seu requerimento, inclusive para que a comprovação da existência dos requisitos legais, necessários à antecipação de tutela. O que realmente interessa, e não se trata de questão de ordem formal, pois se a situação cautelanda está



descrita, mediante dados que definem as situações de perigo e os interesses plausíveis, evidenciando necessidade de medida urgente, a demanda já se apresenta apta a merecer o exame dessa lide.

Acredita-se que a tutela de urgência não deve ser restringida, deve, sim, ser interpretada de forma extensiva, de forma a possibilitar o alcance dos princípios constitucionalmente consagrados, como a garantia do acesso à ordem jurídica justa e à prestação efetiva, adequada e tempestiva da jurisdição constitucional.

Nery Júnior (2003) é favorável à aplicação do princípio da fungibilidade, também, na hipótese inversa, ou seja, nos casos em que o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas que o juiz verifique ser casos de tutela antecipada, devendo transformar os pedidos cautelares em pedidos de tutela antecipada. Porém, destaca a maior rigidez dos requisitos da antecipação de tutela em relação aos da cautelar, e que o juiz deve, ao receber o pedido, dar a oportunidade para o requerente adaptar o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada.

Alvim (2003) lidera os juristas que entendem ser inviável a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade “via de uma mão só” e afirma que a lei não autorizou esse procedimento, pois ela prevê somente a fungibilidade no caso da parte requerer inadequadamente providência cautelar sob a veste de antecipação de tutela, nos próprios autos do processo principal e desde que preenchidos os respectivos requisitos. Se estaria concedendo o mais, tendo sido pedido o menos, estaria-se concedendo além do pedido.

Para o autor, os requisitos da tutela antecipada necessitam de grau maior de densidade do que os da tutela cautelar e esses requisitos são ontologicamente e fundamentalmente os mesmos, mas que a verossimilhança necessária para a antecipação de tutela requer grau mais intenso, maior certeza sobre o direito do que o *fumus boni juris* da tutela cautelar.

Figueira Júnior (2001) também não admite essa hipótese, argumentando que a suposta omissão legislativa foi proposital.

## CONCLUSÃO

Pôde-se perceber, através da realização desse trabalho, que parte da doutrina e da jurisprudência entende a distinção total entre a antecipação de tutela e a medida





cautelar, enquanto que outra parte salienta as semelhanças entre elas, considerando que se tratam de espécies do gênero tutela de urgência. Devido a essa aproximação entre os dois institutos deveria existir um regime único, calcado, no que couber, no Livro III, do CPC, do Processo Cautelar, porém não precisa ser objeto de processo autônomo, podendo ser concedida no bojo de processo de conhecimento ou de execução.

Como as medidas antecipatória e cautelar não foram suficientemente assimiladas, compreendidas e distinguidas pela doutrina e pela jurisprudência, é preciso atentar para que as imprecisões conceituais não turbem a efetividade dessas tutelas de urgência. É preciso esclarecer que não se pode considerar como “erro grosseiro” as questões que são objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

O legislador, na 2ª Reforma do CPC, inseriu dois parágrafos ao art. 273, referente à antecipação dos efeitos da tutela, sendo que no §7º, admitiu a concessão de medidas cautelares requeridas incidentalmente ao processo principal, desde que respeitados os requisitos dessa medida acautelatória.

O fundamento principal para a fungibilidade entre as tutelas de urgência é que o jurisdicionamento não pode ser prejudicado por questões de ordem formal, principalmente em casos de urgência, seja ela típica ou atípica, ou seja, mesmo se não estiverem preenchidos todos os requisitos do tipo legal, mas demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Por isso, a sua aplicação deve ser ampla, extensiva, sem restrições, autorizando o juiz a conceder medida cautelar requerida como antecipatória, pois “quem pode o mais (antecipar), pode o menos (acautelar)”.

É preciso, na interpretação dos dispositivos de lei, entender que a interpretação jurídica deve ser sistemática, ou seja, deve visualizar o direito como um sistema integrado de normas, onde a Constituição Federal e seus princípios representam o norte orientador.

Dessa forma, a fungibilidade deve ser uma “via de mão dupla”, ou seja, se a parte requerer providência antecipatória via ação cautelar, não há razão para não admitir o pedido, recebido como simples petição, juntada aos autos no pedido principal. Cabe, se necessário, ação satisfativa preparatória, entendida como medida urgente não cautelar e pleiteada antes da propositura da ação principal, ressalva feita àquelas providências com efeitos irreversíveis.

O magistrado deve analisar o pedido e examinar os pressupostos específicos de cada medida, concedendo-a se estes estiverem preenchidos. Não se pode deixar que



questões meramente formais obstem a realização de direitos garantidos pela Constituição Federal, como expressão de uma visão que busca dar celeridade à prestação da tutela jurisdicional, entendido o processo como instrumento, jamais como fim em si mesmo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jansen Fialho. As medidas Cautelares e Antecipatórias na Tutela do Processo de Conhecimento e Seus Efeitos na Face da Lei nº 10.444, de 07.05.2002. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Brasília, p. 22, set./dez. 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASSIS, Araken. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BAGGIO, Lucas Pereira. **Fungibilidade entre as Medidas Cautelares e Antecipadas no Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: PUC/RS, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória. Tutela antecipatória para conferir efeito suspensivo à sentença rescindenda. REsp 351766/SP, Recurso Especial. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 06 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=351766&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em: 20 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70012253274, Nona Câmara Cível. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi, 14 de julho de 2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 21 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70012561247. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. 18 de agosto de 2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 21 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Antecipação de Tutela. MC 6206/SP, Recurso Especial. Ministro Ari Pargendler. 11 de março de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=6206&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=3>>. Acesso em: 20 set. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Regime Jurídico Das Medidas de Urgência. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Notadez, ano 49, n. 286, p. 13-14, ago. 2001.



---

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**, suplemento de atualização; SILVA; Ovídio A. Baptista (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Volume 17.

LOPES, João Batista. Anotações sobre a reforma do Código de Processo Civil – (segunda fase). **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Síntese, ano III, n. 17, p. 81-143, mai./jun. 2002.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Refletindo sobre a Antecipação dos Efeitos da Tutela. **Site do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, RS. p. 15. Disponível em: [http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/mezzomo\\_antefutela.htm](http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/mezzomo_antefutela.htm) Acesso em: 04 set. 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Ermani Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (v. 1)

TALAMINI, Eduardo. Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de rota para um Regime Jurídico Único. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**. São Paulo: Dialética, n. 2, p. 27, mai. 2003.

TESHEINER, José Maria da Rosa. **Fungibilidade das Medidas Cautelares e Antecipatórias (Lei nº 10.444/2002)**. p. 01. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/41de021102/fungibilidadedasmedidascautelareseantecipatorias.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TIMBÓ, Bruna. A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar – mão dupla. **DireitoNet**, São Paulo, 14 fev. 2005. p. 01-02. Disponível em: <http://direitonet.com.br/artigos/x/19/18/1918/>. Acesso em: 04 set. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso Avançado de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (v. 1)



---

## PRIMEIROS PASSOS PARA PENSAR O DIREITO

Marcelo Lamy<sup>1</sup>

### RESUMO

Com o foco na preparação pessoal do pesquisador, este ensaio percorre as principais orientações exaradas pelo filósofo espanhol Alfonso López Quintás e pelo frade carmelita São João da Cruz aplicáveis ao tema. Assim, estabelece um plexo de aspectos intelectuais e emocionais que o pesquisador deve percorrer antes mesmo de incitar sua pesquisa.

Palavras-chave:

Pesquisa, Ciência, Razão Científica, Pré-Compreensão, Auto-Conhecimento

**EMENTÁRIO:** Introdução. 1. A angústia e o desafio da pesquisa. 1.1. Aprender a fazer perguntas dantes não perguntadas. 1.2. Selecionar criteriosamente boas obras. 2. O método de pesquisa de Alfonso López Quintás. 2.2. Observar a realidade. 2.3. Aprender a pensar e re-pensar. 2.4. Chaves interpretativas. 2.4.1. Objetos e âmbitos. 2.4.2. Experiências reversíveis. 2.4.3. O encontro. 2.5. Condições pessoais para aprender a pensar o Direito. 2.5.1. Valores e virtudes. 2.5.2. O ideal e a liberdade interior. 2.5.3. A questão da linguagem. 3. Aperfeiçoamento pessoal para o pensar. 3.1. Um novo objeto de análise. 3.2. Aperfeiçoamento das faculdades sensitivas. 3.3. Aperfeiçoamento das faculdades espirituais. Conclusão.

### INTRODUÇÃO

Na seara das especialidades acadêmicas que se dedicam à pesquisa, o olhar é dirigido cotidianamente para a construção de métodos e de técnicas que permitam assegurar a cientificidade. Poucos se dedicam, no entanto, à consideração do homem-pesquisador, às condições prévias que esse deve incorporar para tornar-se legitimamente um cientista.

Em verdade, toda pesquisa é uma senda aberta a diversas, a variadas possibilidades. Essas possibilidades, no entanto, sofrem diversos embates, mas os principais são os vinculados à figura do

---

<sup>1</sup> Advogado e Consultor Jurídico. Bacharel em Direito (UFPR). Mestre em Direito Administrativo (USP). Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Professor da UNISANTOS. Professor da UFPE. Diretor da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Coordenador e Professor da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional da ESDC. Professor da FACIPLAC. Professor convidado do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. lamy@esdc.com.br.



pesquisador. É o pesquisador quem vivencia verdadeiramente as dificuldades. Mais ainda, independente dos obstáculos objetivos de toda e qualquer pesquisa, grande parte das dificuldades da pesquisa tem efetivamente natureza pessoal.

## 1 A ANGÚSTIA E O DESAFIO DA PESQUISA

Todo pesquisador, iniciante ou experiente, ao iniciar um novo projeto de estudos, vê-se atingido por certa ansiedade, por uma relativa angústia intelectual.

O simples fato de imaginar o árduo trabalho que terá pela frente (a começar pela difícil tarefa de decidir sobre o que se debruçará e de descobrir que leituras terá que percorrer) e de internalizar a incerteza sobre os resultados (pois poderá ou não atingir) fazem dessa reação algo natural, demasiadamente humana.

Por outro lado, o prazer de resolver um enigma, a satisfação de demonstrar um pensamento novo (seu), de compreender um assunto estudado de um modo especialmente diferenciado (experiências de quem já percorreu alguma vez esse caminho) entusiasma de forma singular a qualquer investigador.

Mais ainda, a percepção de que a pesquisa é o caminho seguro para despertar o espírito crítico, a inteligência capaz de examinar as pesquisas dos outros, de fazer as suas próprias indagações e de encontrar as respectivas respostas, torna essa atividade o *locus* de novas dimensões pessoais.

Quando escrevemos percebemos com maior clareza as relações entre as nossas idéias. Escrever, em verdade, induz a pensar, pois explicar em texto o que achávamos ter entendido (mentalmente) exige re-estruturar nossa percepção anterior. Escrever ajuda a pensar melhor.

Capacitar-se para a pesquisa é habilitar-se para incorporar um novo modo de ser e agir, uma nova humanidade desperta.

Nesse contexto, as angústias e dificuldades continuam a existir, mas ganham a dimensão que Cruz e Souza<sup>2</sup> retrata magistralmente no soneto Sorriso Interior (como só um poeta pode fazer):

O ser que é ser e que jamais vacila  
Nas guerras imortais entre sem susto,  
Leva consigo este brasão augusto  
Do grande amor, da grande fé tranqüila.

Os abismos carnis da triste argila  
Ele os vence sem ânsias e sem custo...  
Fica sereno, num sorriso justo,

---

<sup>2</sup> João da Cruz e Souza. **Poesia** (organizado por Tasso da Silveira). 5ª ed. Coleção Nossos Clássicos. RJ: Livraria Agir Editora, 1975, p. 86.



Enquanto tudo em derredor oscila.

Ondas interiores de grandeza  
Dão-lhe esta glória em frente à Natureza,  
Esse esplendor, todo esse largo eflúvio.

O ser que é ser transforma tudo em flores...  
E para ironizar as próprias dores  
Canta por entre as águas do Dilúvio!

Por outro lado, há que se ter em conta que as incertezas, causas de nossa cotidiana insegurança, também são a razão de nossa felicidade.

Para aquele que não se deu conta de tal realidade humana, recomendamos considerar os trechos abaixo transcritos da novela Heliópolis, de Ernst Junger.

Nessa obra, após um grupo de personagens discutir o que é a felicidade, aparece um instigante relato, o relato de Ortner, em que esse personagem adquire uma habilidade especial, o dom da premonição. Aguçando seu olhar é capaz de saber tudo o que ocorrerá. E nesse ponto começa seu dilema, sua infelicidade:

Muy pronto perdí todo interés por el juego. La salvaje tensión que se había apoderado de mí en otros tiempos y que hacía que la noche pasara en un abrir y cerrar de ojos, cedió el puesto, tras la primera sorpresa, al aburrimiento, después de comprobar que mi suerte era infalible. Me sentaba junto a la mesa de juego del mismo modo que el oficinista espera impaciente el fin de la jornada. Lo único divertido era la pasión de los otros: el modo como aquellos mentecatos tendían sus trampas para caer en las mías<sup>3</sup>.

Embora tais conhecimentos proporcionassem grandes sucessos financeiros, o aborrecimento contamina a vida previsível:

Tal era mi vida, contemplada desde el exterior. No podía ser más próspera. Y, sin embargo, a medida que aumentaban mi poder y mi prestigio, iba aumentando, en igual proporción, mi sentimiento de infelicidad. Primero fue el hastío, cada vez más torturador. Noté que me faltaban la tensión, el factor de incertidumbre, el pro y el contra, el rojo y el negro que dan su encanto a la vida. Encarnaba el papel de combatiente invencible. Podía calcular todas las posibilidades. A mi vida Le faltaban lo misterioso, lo enigmático, lo indeterminado, lo que acelera los latidos del corazón<sup>4</sup>.

Pesquisar é uma complexa e prazerosa atividade simples. A simplicidade vem de seu conceito: reunir as informações necessárias para responder às indagações do pesquisador, para solucionar algum problema colocado pelo mesmo, e compartilhar tais ilações com os demais. A complexidade advém

<sup>3</sup> Ernst Junger. Heliópolis. **Visión retrospectiva de una ciudad**. Traducción del alemán por Marciano Villanueva. Barcelona: Editorial Seix Barral, 1998, p. 151.

<sup>4</sup> Ernst Junger. Heliópolis. **Visión retrospectiva de una ciudad**. Traducción del alemán por Marciano Villanueva. Barcelona: Editorial Seix Barral, 1998, p. 159.





da sua prática: Quais indagações são relevantes? Quais são as informações necessárias? Quando elas são suficientes? Quanto das respostas atingidas podem ser contestadas? Etc.

Por outro lado, a pesquisa é uma realidade que embebe nossa vida.

Ao entrar em uma biblioteca, podemos verificar que dezenas de milhares de pesquisadores pensaram sobre incontáveis questões e problemas, colheram informações, estabeleceram diálogos, e deram resposta ou soluções, compartilhando, por fim, suas conclusões com os outros.

Mais ainda, muitas dessas pesquisas não ficaram presas nessas “torres de marfim”, moldaram verdadeiramente nossa visão de mundo, determinaram a maior parte de tudo aquilo em que acreditamos: efetivamente cada um de nós não teve a oportunidade de verificar a verdade ou não de que exista um sistema solar, de que nosso organismo possua neurônios, ou de que a palavra amor tenha tais origens etimológicas...

Nunca saberemos completamente a influência de nossa pesquisa, mas é preciso que tenhamos consciência da responsabilidade de entrar nessa seara de atividades humanas.

Aprender a pesquisar altera o modo de pensar, ensina novos modos de pensar.

## **1.1 APRENDER A FAZER PERGUNTAS ANTES NÃO PERGUNTADAS**

Talvez o primeiro passo para um pesquisador seja o de apreender a ler criticamente. Com os olhares abertos para as contradições, inconsistências e explicações incompletas dos textos que consulta, o pesquisador ver-se-á recheado de problemas, de desafios para a sua pesquisa.

As perguntas que os filósofos gregos sempre faziam devem percorrer nossas leituras: Quem? O que? Quando? Onde? Por quê? Como?

Se os textos que consultamos primariamente não percorrem tais indagações, podemos abrir sendas para a nossa pesquisa.

De outra forma, identificar as partes e o todo de seu tópico de pesquisa, rastrear a história e as mudanças do seu objeto de análise, identificar a utilidade ou importância do mesmo, abrem novos sulcos de investigação.

É preciso deixar a mente aberta para fazer perguntas que não foram feitas pelas fontes de pesquisa consultadas, para dar respostas que não foram elaboradas pelos pesquisadores anteriores.

É preciso incorporar o lema que Guimarães Rosa aponta em sua obra *Tutaméia* (Terceiras Histórias): “Eu só dou resposta para perguntas que ninguém perguntou”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> João Guimarães Rosa. *Tutaméia*. RJ: Nova Fronteira, 1985, p. 18. APUD Rubem Alves. *Lições de Feitiçaria. Meditações sobre a poesia*. SP: Loyola, 2003, p. 29.



Habilidade que Rubem Alves endossa com precisão e demonstra sua repercussão:

Se suas respostas fossem respostas para perguntas perguntadas, o perguntador permaneceria dentro do mesmo mundo de onde suas perguntas haviam brotado. O conhecimento só faria confirmar a mesmice do mundo familiar de nossas rotinas cotidianas. Respostas que fazem tropeçar, respostas que são o começo de outro mundo<sup>6</sup>.

Somos caudatários de um sistema educacional muitas vezes viciado em não cultivar a inteligência: “O desejo de inculcar nos alunos o que é tido como certo faz com que muitos educadores se mostrem desatentos para o treino da inteligência”<sup>7</sup>.

O verdadeiro objetivo da educação não é, no entanto, o de criar banco de dados, mas o de criar a *aptidão para adquirir* novos conhecimentos. Não interessa tanto o conhecimento já adquirido, quanto a capacidade de os adquirir.

Para que isso ocorra, é preciso cultivar diversos hábitos complementares: a praxe da observação (Plotino nos dizia que Sábio é o que em tudo lê), a crença na possibilidade de conhecimento, a paciência para amadurecer o pensamento e, em especial, a largueza de espírito, a magnanimidade, pois é “difícil abandonar crenças alimentadas por muitos anos, bem como o que contribuiu para a nossa auto-estima e outras paixões”<sup>8</sup>.

Assim nos dizia Russel: “todos nós devemos aprender a pensar por nós mesmos a respeito de assuntos que nos sejam particularmente conhecidos”<sup>9</sup>.

Educar para a inteligência é educar também para o não conclusivo e para a dúvida (apesar de nossa ansiedade e falta de paciência exigirem respostas definitivas).

São posturas como essas que permitirão formular as perguntas para a nossa pesquisa.

O despertar para a pesquisa depende, em grande medida, do hábito intelectual de continuamente observar a realidade.

## 1.2 SELECIONAR CRITERIOSAMENTE BOAS OBRAS

O treino continuado para essa inclinação (perguntar o dantes não perguntado) advém certamente de cultivar a leitura de “boas obras” de “bons autores”.

Veja-se, por exemplo, quantas indagações nos despertam os seguintes textos literários transcritos:

ANALFABETISMO, de MACHADO DE ASSIS<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Rubem Alves. *Lições de Feitiçaria*. Meditações sobre a poesia. SP: Loyola, 2003, p. 29.

<sup>7</sup> Bertrand Russel. *On Education*, p. 40.

<sup>8</sup> Bertrand Russel. *On Education*, p. 41.

<sup>9</sup> Bertrand Russel. *On Education*, p. 44.



Gosto de algarismos, porque não são de meias medidas nem de metáforas. Eles dizem as coisas pelo seu nome, às vezes um nome feio, mas não havendo outro, não o escolhem. São sinceros, francos, ingênuos. As letras fizeram-se para frases: o algarismo não tem frases, nem retórica.

Assim, por exemplo, um homem, o leitor ou eu, querendo falar do nosso país dirá:

– Quando uma Constituição livre pôs nas mãos de um povo o seu destino, força é que este povo caminhe para o futuro com as bandeiras do progresso desfraldadas. A soberania nacional reside nas Câmaras; as Câmaras são a representação nacional. A opinião pública deste país é o magistrado último, o supremo tribunal dos homens e das coisas. Peço à nação que decida entre mim e o Sr. Fidelis Teles Meireles Queles; ela possui nas mãos o direito a todos superior a todos os direitos.

A isto responderá o algarismo com a maior simplicidade:

– A nação não sabe ler. Há só 30% dos indivíduos residentes neste país que podem ler; desses uns 9% não lêem letra de mão. 70% jazem em profunda ignorância. Não saber ler é ignorar o Sr. Meireles Queles: é não saber o que ele vale, o que ele pensa, o que ele quer; nem se realmente pode querer ou pensar. 70% dos cidadãos votam do mesmo modo que respiram: sem saber por que nem o quê. Votam como vão à festa da Penha, – por divertimento. A Constituição é para eles uma coisa inteiramente desconhecida. Estão prontos para tudo: uma revolução ou um golpe de Estado.

Replico eu:

– Mas, Sr. Algarismo, creio que as instituições...

– As instituições existem, mas por e para 30% dos cidadãos. Proponho uma reforma no estilo político. Não se deve dizer: “consultar a nação, representantes da nação, os poderes da nação”; mas – “consultar os 30%, representantes dos 30%, poderes dos 30%”. A opinião pública é uma metáfora sem base: há só opinião dos 30%. Um deputado que disser na Câmara: “Sr. Presidente, falo deste modo porque os 30% nos ouvem...” dirá uma coisa extremamente sensata.

E eu não sei que se possa dizer ao algarismo, se ele falar desse modo, porque nós não temos base segura para os nossos discursos, e ele tem o recenseamento.

15 de Agosto de 1876

Gabriel Perissé relata as observações de Walter Wink, professor de teologia bíblica norte-americano, sobre a passagem bíblica tão conhecida de Mateus 5, 41: “se alguém te ferir na face direita, oferece-lhe a esquerda”. Passagem que tantas vezes interpretamos e replicamos como uma lição de aceitação pacífica da violência, de passividade e de amor ao inimigo.

Por que Jesus teria falado em oferecer ao agressor a face esquerda depois que a direita foi atingida por uma bofetada?

A resposta necessita da compreensão do contexto social e cultural (incluindo o comportamento corporal daquele tempo e lugar) em que o Mestre vivia.

Na antiga Palestina, um pobre escravo, diante de seu senhor, aguarda o momento de receber um violento tapa no rosto. Mas o seu “dono” não usará a mão esquerda, destinada (naquela mentalidade) apenas para as tarefas consideradas indignas. Usará a direita, para destacar o seu poder e superioridade. Desse modo, no entanto, jamais conseguiria atingir a face direita do escravo, a menos que lhe desse um soco ou usasse a palma da mão direita, e mesmo assim contorcendo-se ou virando o braço.

<sup>10</sup> Machado de Assis. *Crônicas Escolhidas*. SP: Ática, 1994, p. 18-19.



Por que, perguntemos de novo, Jesus fala que a face direita (*dextera maxilla*) foi a primeira a ser atingida?

Para atingir seu escravo na face direita, o senhor terá que usar as costas de sua mão direita, o que, naquele tempo, tinha também um sentido preciso. Agredir alguém com as costas da mão direita era um gesto próprio de quem ocupava uma posição social de relevo e queria humilhar o mais fraco.

Assim, como que hierarquicamente, os senhores esbofeteavam os escravos; os maridos as mulheres e os professores os alunos. Era sempre com as costas da mão direita na face direita.

A mensagem implícita, facilmente reconhecida pelo escravo, pela mulher, pelo filho e pelo aluno era a seguinte: “Submeta-se a mim! Veja com quem está falando! Fique no seu lugar!”

Mas aqui ouvimos a recomendação de Jesus, mais revolucionária do que parecia à primeira vista: depois de receber o tapa na face direita, ofereça a face esquerda.

E esse gesto surpreendente traz uma mensagem, a ser interpretada por aquele que bateu. E a mensagem é a seguinte: “Vamos, use de novo a mão direita, mostre sua dignidade e seu poder, mas agora você terá que me agredir na face esquerda, com um soco da sua mão direita ou com um tapa, usando a palma da sua mão direita, e dar um soco ou um tapa com a palma da mão (você bem sabe) só têm sentido entre pessoas que estão em pé de igualdade. Vamos, estamos em pé de igualdade. Examine isso: nós dois somos seres humanos. Esta é a dignidade que nos iguala. Veja a mentira em que se baseava o seu gesto violento, a sua arrogância. Você pensa que é superior a alguém? Será você superior a uma pessoa capaz de dominar-se e oferecer a outra face? Você se considera superior a uma pessoa que, oferecendo a outra face, oferece-lhe a oportunidade de pensar, de repensar seu comportamento?”<sup>11</sup>.

Uma simples frase, por outro lado, pode render muitas horas de reflexão e vários rumos para investigações. Veja-se, por exemplo, a primeira frase do clássico livro *Ana Karênina*, publicado em 1867, de Lev Nikoláievich Tolstói: “Todas as famílias felizes são parecidas entre si. As infelizes são infelizes cada uma a sua maneira”<sup>12</sup>.

Quanto dessa afirmação subverte nossa equivocada percepção!

## 2 O MÉTODO DE PESQUISA DE ALFONSO LÓPEZ QUINTÁS

O filósofo espanhol Alfonso López Quintás, desde sua defesa de doutorado, dedicou-se a construir um procedimento pedagógico que não se limitasse a *ensinar* os conteúdos, uma metodologia de ensino que apresentasse outras perspectivas, que possibilitasse aos discentes a *descoberta* “por si mesmos” dos conteúdos.

Com uma visão lúcida sobre a necessidade de adequar os métodos de ensino à realidade do ouvinte de nosso tempo (notadamente repulsivo a imposições autoritárias e, ao mesmo tempo, sensivelmente despreparado para defender-se das manipulações que o cercam),

<sup>11</sup> Gabriel Perissé. **O professor do futuro**. RJ: Thex Editora, 2002. p. 33-34.

<sup>12</sup> Tolstói. **Ana Karênina**. Trad. Mirtes Ugeda. SP: Nova Cultural, 2002.



esse pensador, acabou por criar, reflexamente, um método perfeitamente (feito com perfeição) estruturado de pesquisa.

Sob essa ótica reflexa, percorreremos seus principais ensinamentos.

## **2.2 OBSERVAR A REALIDADE**

O pressuposto inicial de seu olhar é, de per si, bastante revelador. Entende que a nossa própria realidade e grande parte das realidades que nos circundam precisam ser estudadas pelo que “são” e pelo que “devem vir-a-ser”, pois essas possibilidades quase-impositivas (não são meras potências, mas dever-ser) constituem facetas intrínsecas da própria realidade: “Se devemos conhecê-las, precisamos avaliá-las pelo que são e pelo que estão chamadas a ser”<sup>13</sup>.

E mais, as questões só podem ser devidamente esclarecidas se as situarmos em seu verdadeiro e completo contexto... Não são os reducionismos, próprio das especialidades, que permitirão conhecer a realidade que nos circunda, pois esclarecem apenas uma faceta dessa.

É preciso, portanto, aprender a observar atentamente a realidade, em toda a sua complexidade.

## **2.3. APRENDER A PENSAR E RE-PENSAR**

Por outro lado, o método pedagógico proposto por Alfonso López Quintás deve ser conduzido por quem (professores, pais, líderes) ajude a *conhecer* e a *prever* as conseqüências do que se compreendeu.

O contexto de “ajudar a conhecer” também deve ser percorrido pelo pesquisador, um natural autodidata. No seu caso, no entanto, podemos intitular esse pressuposto como “aprender a conhecer” ou “aprender a pensar”.

Nesse ponto, López Quintás desenvolve com precisão um conjunto de doze “chaves-interpretativas” da realidade.

O contexto de “ajudar a prever” é muito relevante para o pensamento de López Quintás, pois, como um legítimo humanista, sua preocupação volta-se para a realização de cada ser humano, para que a vida de cada um atinja o sucesso (una vida lograda).

---

<sup>13</sup> Alfonso López Quintás. **Descobrir a Grandeza da Vida**. Introdução à Pedagogia do Encontro. Trad. Gabriel Perissé. SP: ESDC, 2005, p. 10.



Esse contexto, em primeira mão, não passa despercebido ao pesquisador, pois rotineiramente pensa nas conseqüências de tal ou qual tese que defende. Mais ainda, muitas vezes a pesquisa é imaginada em função dos resultados almejados.

Mas o aspecto que López Quintás enfrenta sobre a previsão é muito mais profundo. Busca revelar a relação existente entre nossa visão de mundo, nossos sentimentos e a conseqüente atitude de vida que incorporamos.

Muitas vezes, o pesquisador instalou-se e continua instalado em uma visão de mundo, em uma concepção de vida que o faz enxergar limitadamente a realidade. Mas ainda, o faz perder a capacidade de prever que outra visão de mundo poderia lhe dar outro encaminhamento, outro resultado até mesmo para sua vida.

Abrir-se para esse “re-pensar” sobre o que nos molda é preciso.

Somente assim, percebemos que, por exemplo, nossa visão hedonista, que reclama a satisfação urgente de nossas pretensas necessidades, transforma, muitas vezes, nossos desejos (que deveriam ser somente isso) em objetivos de vida. E porque estão fora do lugar, confundem toda nossa vida: confundimos o cansaço com infelicidade, aquisição de bens materiais com realização pessoal...

A corrupção do ser humano tem início na corrupção da mente, no momento em que ocorre a confusão e adulteração dos conceitos. A regeneração de pessoas e povos deve começar pelo esclarecimento das idéias mediante o exercício do pensar bem<sup>14</sup>.

A profunda apreensão da realidade traduz-se, portanto, em compreender que existem atitudes adequadas (conformes) e inadequadas (desconformes) à mesma.

## **2.4 CHAVES INTERPRETATIVAS**

Para compreender a realidade material ou cultural, objetivo da investigação científica, López Quintás nos apresenta uma trilha, um conjunto de técnicas de observação (que intitula “descobertas”) que efetivamente apura o olhar crítico.

---

<sup>14</sup> Alfonso López Quintás. **Descobrir a Grandeza da Vida**. Introdução à Pedagogia do Encontro. Trad. Gabriel Perissé. SP: ESDC, 2005, p. 17.





### 2.4.1 OBJETOS E ÂMBITOS

A realidade pode se apresentar de duas formas, em dois níveis: como objeto ou como âmbito.

“Objeto” é a forma configuradora das realidades delimitadas (cuja essência é constituída sem qualquer relação com outros seres, pois está fechada em si mesma), que legitimamente podem ser manuseadas, possuídas, usadas como meio.

É a característica, em geral, coincidente com a nossa linguagem. Tratamos como objeto os seres inanimados, que não extravasam qualquer dinamicidade além de si mesmo.

Assim pode ser visto, por exemplo, um livro: como um punhado de papel pintado tipograficamente.

“Âmbito” é a forma das realidades relacionais, das realidades que só podem ser compreendidas olhando para o seu entorno, e que, por esse modo de ser diferenciado, não podem ser manuseadas, possuídas ou simplesmente usadas (como os objetos).

A natureza ambital transfigura a realidade (dá-lhe outra forma), passando a compreender, dentro de si mesma, a “relação” que estabelece com o seu entorno. A relação não é externa, mas intrínseca. Somente “com” a relação atinge-se o pleno sentido dessa espécie de realidade.

Assim pode ser visto, por exemplo, uma obra literária: incompreensível se observada apenas através dos seus elementos materiais, papel e tinta.

Identificar qual espécie de realidade estamos estudando modifica nosso olhar, desvenda outras possibilidades antes despercebidas, impede que rebaixemos nosso tratamento a uma realidade superior ou que sobrevalorizemos uma realidade inferior.

No campo jurídico, tal percepção crítica também se apresenta, mas, por vezes, é desconsiderada supinamente. Kant, por exemplo, explica que tratar com dignidade ao homem é tratá-lo como pessoa e não como objeto. Por outro lado, o direito positivo continua referindo-se à “busca” e “apreensão” de menores, como se objetos manuseáveis fossem.

Não se trata meramente de um problema externo de linguagem, mas de uma concepção arraigada de manuseio que a linguagem revela.

Da mesma forma, falamos da minha esposa, do meu marido, do meu filho... Todos são objetos de posse?



É preciso descobrir que as realidades em análise não são tão simples quanto imediatamente aparentam. Os objetos apresentam-se muitas vezes não como simples objetos, mas, como diz Alfonso López Quintás, como âmbitos. Percepção que Jacob do Bandolim apresenta com a profundidade que só um poeta pode ter<sup>15</sup>:

NAQUELA MESA  
Naquela mesa ele sentava sempre  
E me dizia sempre  
O que é viver melhor.

Naquela mesa ele contava histórias  
Que hoje na memória  
eu guardo e sei de cor.

Naquela mesa ele juntava gente  
E contava contente  
O que fez de manhã...

E nos seus olhos era tanto brilho  
Que mais que seu filho  
Eu fiquei seu fã.

Eu não sabia que doía tanto  
Uma mesa num canto  
Uma casa e um jardim.

Se eu soubesse quanto dói a vida  
Essa dor tão doída  
Não doía assim.

Agora resta uma mesa na sala  
E hoje ninguém mais fala  
No seu bandolim...

Naquela mesa tá faltando ele  
E a saudade dele  
Tá doendo em mim.

## 2.4.2 EXPERIÊNCIAS REVERSÍVEIS

As realidades ambiais, porque são realidades abertas à relação, dinâmicas, estabelecem uma união estreita e bidirecional (configuram e são configuradas) com o seu entorno, trazem aquilo que em princípio é externo para a sua intimidade (que já não é a mesma)

---

<sup>15</sup> Gabriel Perissé desenvolve análise desse poema musical que desvela claramente a complexa realidade que um simples objeto traz ao tornar-se âmbito. A precisão e a profundidade de sua análise fazem-nos indicar vivamente a leitura de sua obra *Método Lúdico-Ambital: a leitura das entrelinhas*.



No dizer de López Quintás, há realidades que se revelam unicamente como “experiências reversíveis”, pois sua constituição interna se dá unicamente “em relação”, em mútua influência. Essas realidades não podem ser compreendidas isoladamente (como os objetos), mas somente no plexo de relações e influências que se estabelecem entre os seus correlacionados:

Você, convertendo o poema em sua própria voz interior, estabelece com ele uma união estreitíssima. Continuam sendo duas realidades diferentes, mas já não estão um fora do outro. Seus destinos se uniram. O poema vive porque você (e outros intérpretes) lhe dá vida, e você se desenvolve culturalmente graças ao poema (e a outras obras de qualidade), que lhe oferece o tesouro de sabedoria e beleza que alberga <sup>16</sup>.

Diversas são as realidades que se integram nas correlacionadas, que formam uma unidade entranhável com as que se relaciona:

Uma experiência linear é a que vai do sujeito ao objeto – eu dou um impulso na caneta e a caneta sofre esse impulso e aí permanece. O esquema que estrutura esta ação é o esquema ação/paixão: eu atuo-ele padece. Na experiência reversível, não é assim; eu atuo sobre você, você atua sobre mim, são duas atuações livres que complementam a nós dois. (...) Por exemplo, um professor que se considere o “tal”, que fale e pontifique... e os alunos não tenham mais que simplesmente padecer o que ele diz, somente recebendo, mas sem iniciativa, seria um professor que vive de experiências lineares. Mas se o professor fala, atua sobre os alunos, mas eles também reagem, por exemplo, fazendo trabalhos, propondo perguntas... é uma experiência reversível na aula, isto é mais maduro <sup>17</sup>.

Assim se dá, por exemplo, com os conceitos de Direito, de Constituição, de Legalidade e de Estado.

A posição conceitual que se apontou para o Direito e para a Legalidade, nos dias atuais, permitiu que a Constituição passasse a ser compreendida sobre outras formas. Por outro lado, a nova configuração da Constituição permitiu renovar o conceito de Direito e de Legalidade.

A nova configuração do Estado alterou as concepções de Direito, Legalidade e Constituição. Por outro lado, essas novas concepções permitiram-nos enxergar um novo Estado.

Quem não se atenta a essas influências bidirecionais age como um pesquisador asmático, que vive timidamente sua especialidade (sua capacidade exclusivamente linear o

<sup>16</sup> Aut. Cit. **Descobrir a grandeza da vida**. SP:ESDC, 2005, p. 22.

<sup>17</sup> Aut. Cit. **A Formação Adequada à Configuração de um Novo Humanismo**. Conferência de Alfonso López Quintás proferida na Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 26 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.hottopos.com.br/prov/quint2p.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.



impede de dar passos atléticos), quando não morre asfixiado (pois seus pressupostos não são mais compatíveis com a realidade que o circunda), mesmo estando rodeado de ar: “ El hombre recluido en sí mismo no es libre para ser creativo, asumiendo activamente las posibilidades que le vienen ofrecidas *desde fuera* y que se convertirían en *íntimas* si las tomara como principio eficaz de su acción”<sup>18</sup>.

Assim, sob essa nova matriz de observação, precisam ser estudadas as realidades ambiais. Sem investigar o entrelaçamento, sem pesquisar o “campo de jogo” dessas realidades, a explicação será mais do que reducionista, será rebaixadora.

### 2.4.3 O ENCONTRO

Tendo em conta a existência de realidades ambiais e de que essas refletem experiências reversíveis, López Quintás nos apresenta um novo e decisivo desafio (também para a pesquisa): incorporarmos a atitude pessoal de encontro.

Somente dessa forma (como essa disposição) poderemos ingressar, em nossas investigações, no âmago dessas realidades.

Para encontrar o que é vital em uma realidade social estudada, não podemos simplesmente observar externamente suas características. É preciso imaginarmo-nos inseridos nela, interagindo, pelo menos ficcionalmente, com a mesma.

Da mesma forma, para encontrar o que é fundamental em uma obra literária ou científica (realidade cultural sob a qual rotineiramente nos debruçamos nas pesquisas acadêmicas), não devemos simplesmente passar os olhos sobre as afirmações literais. É preciso entrar em relação criadora com a obra, em diálogo com o que for apresentado.

É necessário incorporar o método de encontro na leitura de tudo (repetimos que Plotino afirmava que sábio é o que em tudo lê), que permite descobrir o afirmado pelo autor, mas que não encerra o pensamento nessa dimensão, pelo contrário, que permite o livre fluir de idéias não-ditas (talvez mais vivas e significativas para a nossa pesquisa), que permite retirar as luzes da obra analisada e as luzes ausentes, pressupostas, inferidas...

Mas a dinâmica imaginada como necessária para que realmente a leitura seja um encontro, para que a leitura seja uma pesquisa, não se estabelece de imediato (embora a atitude deva ser imediata). É preciso dar alguns passos, gradativos, que permitirão o encontro.

---

<sup>18</sup> Alfonso López Quintás. **El espíritu de Europa**. Madrid: Unión Editorial, 2000, p. 144.



O primeiro passo, descrito por López Quintás (adaptado aqui, como serão os seguintes, com certa liberdade criativa), exige diferenciar aquilo que se apresenta de imediato (o apanhado de idéias), daquilo que constitui, de forma geral, o *núcleo de sentido* em torno do qual a realidade se apresenta.

O segundo passo é o da contextualização, pois nada é gerado no vazio, tudo tem sua história, todos tem as suas motivações (as criações são realidades ambíais). Nesse momento, muitos sentidos podem ser desvelados (retirando o véu).

O terceiro passo consiste em identificar e compreender os pontos relevantes e nucleares, as idéias que configuram o sentido profundo, mascaradas pela trama global. Trata-se de uma análise detalhada dos argumentos que compõem o relevante, o nuclear.

O quarto passo é de abertura para o outro, consiste em perceber a beleza e a eficácia da imagem apresentada.

É preciso cuidar para que a atitude de encontro não seja abafada pela análise crítica dos passos anteriores. A pesquisa, a descoberta honesta faz-se com o entrelaçamento: raramente alguém apresentou um pensamento da forma perfeita (pelo menos para o olhar do leitor), quase sempre é possível aperfeiçoar o dito; mas isto não deve implicar na assunção da atitude desmedida de achar que ninguém apresentou bem...

O quinto e último passo é o que se dirige a uma valoração geral do texto e do pensamento sobre o texto. Trata-se de reunir e relacionar todas as descobertas que se produziram nos passos anteriores, de explicitar em que medida o estudado nos fez repensar algo e em que medida novas reflexões são necessárias.

Por outro lado, para que exista o encontro é necessário permitir-se o diálogo, abrir-se não apenas para a liberdade pessoal, mas também para a alheia. Mais ainda, para enxergar a riqueza alheia.

## **2.5 CONDIÇÕES PESSOAIS PARA APRENDER A PENSAR O DIREITO**

Alfonso López Quintás aponta-nos, em seu rol de chaves interpretativas, mais nove descobertas para a Inteligência tornar-se criativa (criadora de novos olhares, de novas explicações). São, sob nossa ótica, atitudes que o pesquisador deve assumir para que possa enxergar as realidades ambíais, as experiências reversíveis, e vivenciar o encontro. Nessa



pauta comportamental, verdadeira trilha metodológica, o pesquisador torna-se criador (deixa de ser repetidor) e desvela novas realidades.

### 2.5.1 VALORES E VIRTUDES

Na quarta descoberta (os valores<sup>19</sup> e as virtudes<sup>20</sup>), López Quintás indica-nos atitudes necessárias, exigências para o encontro (para o diálogo intelectual com os autores e objetos estudados).

Em primeiro lugar, é preciso levar para a leitura (falamos aqui de qualquer tipo de leitura, não só a de textos) o nosso, o que sabemos sobre o assunto, nossas compreensões e pré-compreensões, com *generosidade*. Ou seja, sem mascarar o que pensamos ou pré-pensamos, dar ao outro o nosso.

Essa atitude pessoal prepara-nos para aceitar o reverso, para escutar o que os outros têm a nos dizer sem preconceitos. Por isso, o segundo passo é a *disponibilidade de espírito*, que permite não apenas escutar as propostas explicativas alheias, mas vibrar com as mesmas, vivenciá-las como próprias. Para tanto, é preciso refrear, nesse momento, nosso espírito crítico, pois tendemos a ler filtrando tudo o que é dito, segundo nossas pré-compreensões ou pré-disposições (há muito de pré-disposição que não advém de uma pré-compreensão). Para encontrar-se verdadeiramente com um pensamento alheio é preciso descartar, pelo menos provisoriamente, das auto-confianças, das opiniões próprias tidas como sólidas. Ao contrário, estaremos fechados em nós mesmos e entorpecidos para o alheio.

O estabelecimento desse movimento bidirecional (o nosso =>, <= o outro) exige, de nossa parte, ainda: *veracidade* – para mostrar o que pensamos sem deformações táticas, sem querer dominar a discussão (somente os objetos podem ser dominados, manipulados, não os âmbitos, como a opinião alheia); *desejo de compreender o outro* – para colocar-se no lugar do outro, para ver a vida sob novo ponto de vista, entendendo por dentro o ponto de vista alheio, sem indiferenças, que deixa de ser alheio (não basta entender o pensamento alheio, é preciso percorrer pessoalmente, vivenciar, o mesmo, embora continue alheio).

<sup>19</sup> Valor, para López Quintás, é uma qualidade que atribuímos àquilo que nos ajuda a “ser mais”, a crescer como pessoas.

<sup>20</sup> Virtude, por sua vez, é uma atitude, um modo pessoal de estar no mundo, de interagir com o mundo. É uma tradução dos valores, uma transformação dos valores em formas de conduta.





Há que se cuidar, no entanto, para não assumir um posicionamento reverso ao verdadeiro encontro com o alheio. Ao considerar o pensamento alheio, devemos vivenciá-lo como próprio, mas de uma forma paradoxal: mantendo uma distância justa do mesmo. Há que se vivenciar o alheio como próprio e alheio ao mesmo tempo. Anular completamente a distância faz com que o alheio domine o “nosso” (atitude muito comum nos estudiosos acostumados a revestir-se de discípulos).

O verdadeiro encontro produz o diálogo, o entreveramento de posicionamentos e não o domínio completo de qualquer lado (dominar o alheio ou perder-se no alheio). As realidades que se encontram (no sentido legítimo do termo) devem ser aproximadas, mas não fundidas, devem estar a certa distância, mas não afastadas. Dessa maneira é possível o jogo, o espaço de liberdade que desvenda novos significados, novas descobertas.

É a distância justa, não o afastamento, que permite também o legítimo espírito crítico. E nesse ponto, López Quintás apresenta observação preciosa para a investigação científica, diz que “Os exemplos delatam os pensadores porque indicam o *nível de realidade* em que eles se movem”<sup>21</sup>.

Pelos exemplos apresentados junto às considerações de alguém é possível dimensionar a amplitude do raciocínio apresentado, qual o universo abrangido pelas respectivas considerações (preocupação do pensamento rigoroso: os limites ou pressupostos de um raciocínio). Pelos exemplos observados pelo pensador podem ser verificadas as possibilidades ou não de ampliar-se um raciocínio. Desvelam, de outra forma, qual a verdadeira experiência que o pensador tem da realidade concreta, como o pensador enxerga a realidade ou se a realidade é tratada como objeto ou como âmbito.

Por outro lado, López Quintás desvela realidade que muitas vezes não queríamos que fosse verdade (especialmente quando nosso prazo é curto): que pensar algo profundamente dá trabalho e leva tempo. Há um ritmo natural, necessariamente lento ou mais lento, para que possamos adquirir intimidade com um tema. Saber viver, adaptar-se a esse tempo é que denomina *paciência*.

---

<sup>21</sup> Alfonso López Quintás. *Inteligência Criativa: descoberta pessoal dos valores*. SP: Paulinas, 2004, p. 236.



## **2.5.2 O IDEAL E A LIBERDADE INTERIOR**

Na quinta descoberta, López Quintás aponta que o homem é movido por ideais, que não há intelectualidade sem um ideal, sem um propósito, que não há pensamento se não se quer chegar a algum lugar.

Mas esse ideal pode revestir-se de duas fantasias diferentes. Pode configurar-se como uma atitude dominadora (que querer dominar o objeto de investigação) ou como uma atitude criadora (que simplesmente assume as possibilidades do tema e desvela faceta ou facetas valiosas).

O pesquisador que incorpora a atitude dominadora fica inquieto enquanto não atinge o domínio, é perturbado por qualquer descoberta que contrarie sua possibilidade de domínio.

O pesquisador que incorpora a atitude criadora, por outro lado, vivencia toda e qualquer luz encontrada, retira, portanto, energia de tudo o que se descobre, seja favorável ou não ao que pensava. Por que está aberto ao outro, se algo contrariar a seus preconceitos não sentir-se-á ofendido, mas enriquecido.

Em outras palavras, López Quintás nos ensina que o ideal autêntico (querer descobrir a verdade objetivamente) confere pleno sentido a investigação, enquanto o falso ideal (querer apresentar-se como sábio) esvazia de sentido a investigação, desorienta e desequilibra ao investigador.

Na sexta descoberta, López Quintás nos demonstra que a verdadeira liberdade (a liberdade interior) exige distanciar-se das pulsões instintivas e escolher, a cada momento, a ação que mais contribua para realizar nosso ideal. É livre apenas aquele que tem um ideal e o sobrepõe às pulsões momentâneas.

Não são os ânimos que podem conduzir um pesquisador, mas a incansável lembrança de o que se quer desvelar. Nos momentos em que o ânimo enfraquecer (pois o cansaço, o desespero, ou até mesmo a apatia podem abater ao pesquisador), é preciso relembrar e renovar o ideal que nos motivou (sétima descoberta: como dar pleno sentido à nossa vida).

Quando nossa leitura, nossos estudos tornarem-se enfadonhos, tediosos, é preciso renovar a atitude de encontro com o que lemos (oitava descoberta: nossa capacidade de ser eminentemente criativos).

Quando não estamos vislumbrando as repercussões ou implicações de cada tema que estudamos é preciso renovar o “pensamento relacional” (nona descoberta). O “em-si-mesmar-



se” é fonte de travamentos. Não é razoável a proposta de Ortega y Gasset: “O pensamento que realmente penso – e não só repito mecanicamente, por tê-lo ouvido –, tenho de pensá-lo eu sozinho ou eu em minha solidão”<sup>22</sup>. Somente o encontro é capaz de despertar novos olhares para a ciência. O desenvolvimento da ciência foi assim pensado: se faltam idéias, leiam-se outros bons autores.

### 2.5.3 A QUESTÃO DA LINGUAGEM

Na décima descoberta, López Quintás tangencia tema muito caro ao trabalho do pesquisador, a investigação rigorosa da linguagem, dos termos utilizados nos textos que estudamos, pois “cada vocábulo que usamos nos compromete, porque tem muitas implicações”<sup>23</sup>.

Por outro lado, somente aqueles que aprenderam a pensar com o rigorismo esperado, podem expressar-se adequadamente.

As palavras dizem mais do que aparentam à primeira vista. Estar desperto para as suas possibilidades permite o pensar e o expressar rigoroso – duas necessidades de qualquer pesquisador.

Nem sempre é fácil identificar o conteúdo preciso em que um termo está sendo utilizado. Lopez Quintás, no entanto, nos apresenta uma regra de ouro: descobrir o termo oposto, naquele momento, desvela muitos significados ocultados. Por outro lado, ao escrevermos, se utilizamos um termo que possui muitos significados, tome-se o cuidado de apontar o significado que se utiliza. Se for o caso, em nota de rodapé.

Stalin afirmava que o meio mais eficaz que os Estados modernos possuem para dominar as gentes não são as armas, mas os vocábulos do dicionário. Que palavra é poder há muito nos ensinou Hesíodo em sua obra Teogonia, bem como, mais recentemente (em 1948), George Orwell em sua obra 1984 (lembramos da Novilíngua sempre reeditada com menos palavras).

Dominar o significado dos termos, fazer com que se enxergue apenas o que se quer é forma de manipulação muito requintada, pois limita nossas possibilidades de enxergar o mundo.

<sup>22</sup> Cf. Ortega y Gasset. **El hombre y la gente**. Madrid, Revista do Occidente, 1957, p. 24. APUD Alfonso López Quintás. **Inteligência Criativa: descoberta pessoal dos valores**. SP: Paulinas, 2004, p. 236.

<sup>23</sup> Alfonso López Quintás. **Inteligência Criativa: descoberta pessoal dos valores**. SP: Paulinas, 2004, p. 237.



Ortega y Gasset pedia que tomássemos cuidado com os termos, pois entendia que estes são os déspotas mais duros que fazem a humanidade padecer. O filósofo Heidegger certamente pontuava que as palavras são a pouco, na história, mais poderosas que as coisas e os fatos. Wittegeinstein nos mostrou que os limites do nosso mundo são os limites de nossa língua.

Usam-se, na comunicação em massa, e as vezes (infelizmente) nos textos científicos, como nos alerta Alfonso Lopez Quintás<sup>24</sup>, palavras “talismã” com o intuito de esvaziar a reflexão (como o alho que repele o vampiro, há palavras que repelem o pensamento).

Há certos termos que parecem albergar, de tempos em tempos, o segredo da autenticidade humana e por isso tornam-se inquestionáveis, talismã. No séc XVII isto aconteceu com a palavra “ordem”, no sec. XVIII, com a “razão”, no séc. XIX com a “revolução”, no séc. XX até hoje, com a “liberdade”.

Todos são a favor da liberdade, embora poucos saibam realmente o que significa. Apesar disso, colocar-se ao seu lado traz automaticamente prestígio, mesmo que seja ao lado dos vocábulos dela derivados (democracia, autonomia, independência – palavras talismã por aderência). Por sua vez, questioná-la desprestigia automaticamente, mesmo que a oposição não seja verdadeira (pensem no defensor da auto-censura).

Marañon ao biografar a vida do imperador romano Tibério, relata-nos típica expressão talismã de todos os tempos:

Os povos descontentes tudo esperam dessa palavra mágica: mudança de governo. Mas a multidão nunca imagina que pode perder na troca. Os dias de mudança sempre são os de maior regozijo popular, sem que se turbe o alvoroço pelas recordações das infinitas decepções<sup>25</sup>.

A comunicação em massa sempre manipula ao apresentar-se reducionista, ao nos tratar ou meramente como clientes, ou como seguidores, ou como súditos e não como pessoas. Manipula ao nos tornar objetos de domínio, para manejar nossa conduta, sem nos dar oportunidade de pensar. A grande força da manipulação advém da confusão de conceitos e da rapidez da resposta que não nos permite tempo de análise.

Na investigação científica, curiosamente, deparamo-nos também com tal manipulação. Quantas e quantas vezes, por exemplo, vimos ser invocada a “dignidade da pessoa humana” como fundamento argumentativo sem se preocupar, efetivamente, em fixar qual o significado

24 Cf. Alfonso Lopez Quintás. **La tolerancia y la manipulación**. Madrid: Rialp, 2001.

25 Gregório Marañon. **Tibério: Historia de un resentimiento**. p. 230.



desse termo, verdadeiro talismã dos nossos dias. Quantas vezes se falam em dano à honra, em inconstitucionalidade sem se estabelecer o que são...

### **3 APERFEIÇOAMENTO PESSOAL PARA O PENSAR**

Há um conjunto de orientações (para os pesquisadores principiantes e também para os adiantados) que propicia, aos que legitimamente se dispõem a conhecer, o desembaraço daquilo que comumente entrava o desenvolvimento intelectual autônomo.

Para tanto, muito útil seria contar com maior experiência e ciência. Creio, no entanto, que as pessoas que leiam esse texto com o espírito inflado pelo desejo de incorporar verdadeiramente as características de um pesquisador, não estarão atentas aos defeitos ou simplificações que se apresentarão e, por isso, farão proveito das idéias aqui lançadas.

Os alinhamentos traçados, de qualquer forma, não estão fundados em uma visão particular, nem pessoal, ancoram-se nas leituras de diversos autores e pensadores. Em especial, a base de nossa tecelagem está conformada pela clássica obra **Subida ao Monte Carmelo**, escrita pelo frade carmelita São João da Cruz (1542-1591) em fins do século XVI (entre os anos 1578 e 1585), e por alguns apontamentos de Platão, expressas no livro VII da **República** (sec. IV a.C.).

#### **3.1 UM NOVO OBJETO DE ANÁLISE**

Causa muita tristeza assistir a tantas pessoas com talento e disposição suficientes para tornarem-se excelentes pesquisadores malogrem nessa trilha.

Por falta de uma orientação adequada (e como há orientadores ainda deficientes de luz e de experiência adequada!), não sabem que precisam desapegar-se de alguns princípios ou atitudes. Caminhando desorientados, por si mesmos, segundo foram moldados anteriormente (em geral, para serem assimiladores de conteúdo transferidos), apresentam verdadeira resistência (próprio de suas personalidades moldadas) para uma pesquisa verdadeira.

A preocupação dos orientadores e dos livros dessa área (metodologia da pesquisa) desconsideram o tema aqui enfrentado, direcionam-se às técnicas, às formalidades e pouco (algumas vezes nada) dedicam à uma preocupação prévia: quem é o pensador e quais os seus



obstáculos pessoais. Não tem em mente que o ser pensante, antes de ser pensante é um ser, que tem seus limites e obstáculos pessoais que inexoravelmente afetam a pesquisa.

O homem excessivamente inserido na massa vive o vaticínio de Platão: “esses homens estão aí desde a infância, de pernas e pescoço acorrentados, de modo que não podem mexer-se nem ver senão o que está diante deles, pois as correntes os impedem de voltar a cabeça”<sup>26</sup>. Mais ainda, mesmo que se permita a libertação de suas amarras intelectuais, vê-se embaraçado, pois “as sombras que via outrora lhe parecerão mais verdadeiras”<sup>27</sup> do que as realidades que lhe passam a demonstrar os novos olhares.

Há algo paradoxal na personalidade humana: resiste bravamente a rever seus posicionamentos; mas, uma vez destruído em suas concepções, inclina-se a rejeitar veementemente às antigas ilusões (o que Gramsci intitulou “despertar da consciência crítica”).

Por outro lado, a revisão de posicionamentos pessoais não se dá pela imposição: “as lições que se fazem entrar à força na alma nela não permanecerão”<sup>28</sup>. O que se pode fazer, simplesmente, é moldar, construir as habilidades para que o receptor percorra o pensamento por si só. A descoberta feita pelo próprio pensador é a que deita raízes e muda os olhares.

O propósito desse tópico, portanto, está imbuído da concepção educacional platônica:

A educação é, pois, a arte que se propõe este objetivo, a conversão da alma, e que procura os meios mais fáceis e mais eficazes de o conseguir. Não consiste em dar visão ao órgão da alma, visto que já a tem; mas, como ele está mal orientado e não olha para onde deveria, ela esforça-se por encaminhá-lo na boa direção<sup>29</sup>.

Essa concepção dirige a atividade educacional para a formação da “capacidade” de pensar, para o moldar o temperamento, o caráter ou a personalidade para os hábitos do legítimo pensar, para as virtudes da intelectualidade. Isto é “encaminhar a alma na boa direção”.

Pela atividade embebida com esse propósito, busca-se algo complexo: a conversão da alma corrompida ou ofuscada pelas demais ocupações.

<sup>26</sup> Platão. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. SP: Nova Cultural, 2004, p. 225.

<sup>27</sup> Platão. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. SP: Nova Cultural, 2004, p. 226.

<sup>28</sup> Platão. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. SP: Nova Cultural, 2004, p. 251.

<sup>29</sup> Platão. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. SP: Nova Cultural, 2004, p. 229.





### 3.2 APERFEIÇOAMENTO DAS FACULDADES SENSITIVAS

O homem conhece, observa e compreende todas as realidades através dos seus sentidos. É como um prisioneiro que enxerga o mundo exterior apenas através das janelas da sua prisão. Se não olhar por ela, nada verá.

A consciência de que o olhar é limitado pela janela dos sentidos liberta a intelectualidade. A não percepção desse fator, no entanto, pode embotar a alma e direcioná-la a confiar em tudo que os seus sentidos ou paixões lhe mostram, como se fossem “toda” a realidade.

A desmesurada confiança nos sentidos une, mergulha o homem nas paixões e impede os benefícios da racionalidade, impede a claridade da razão. Na caverna de suas percepções sensoriais, que vê somente sombras (simulacros da realidade), não conhece realmente as coisas como elas efetivamente são.

Para alcançar a sabedoria é preciso renunciar à própria percepção. Ao contrário, estaciona-se o pensamento. De outra forma, a gradativa união da alma à realidade a ser desvendada é um caminho do não-saber, antes do que do saber. Porque admito que minha percepção pode ser falsa; penso, aprofundo, verifico novas possibilidades...

Para atingir a liberdade de espírito é preciso romper quaisquer amarras que impeçam nosso pensar. A liberdade é incompatível com a escravidão, com um coração afetuosamente ligado às suas percepções. Enquanto a alma não se despoja de tudo o que é seu, não tem capacidade de saborear algo diferente: “Sabe-se bem, por experiência, que a vontade, quando afeiçoada a um objeto, prefere-o a qualquer outro que seria melhor em si, porém, satisfaria menos o seu gosto”<sup>30</sup>. Somente a alma vazia de suas afeições, de suas pré-concepções está apta a receber novo conteúdo.

Por isso, o primeiro cuidado a que deve se dirigir a educação da capacidade de pensar é o moldar aos educandos na liberdade dos apetites<sup>31</sup>.

São João da Cruz descreve que o apego acima descrito priva a alma do espírito da verdade (dano negativo), pois o homem apegado às suas percepções resiste a descartar seu próprio olhar, não suporta abandoná-los.

<sup>30</sup> São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 154.

<sup>31</sup> Cf. São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 179.



Os homens enredados nos sentidos, nas paixões (inclinações naturais despertadas por esses), sujeitam-se, em conseqüência a cinco danos intelectuais (danos positivos). Estudemos cada um, adaptando-os (com certa liberalidade) aos propósitos desse curso.

(1) o apego aos sentidos, às paixões fatigam e cansam.

O homem apaixonado por suas pré-concepções nunca descansa, está sempre e sempre a provar seus preconceitos (tal como os apetites mais comezinhos, nunca se contentam, uma vez satisfeitos, querem mais), pois não alcança a liberdade de si mesmo, a liberdade e o repouso que provocam a ciência da “desimportância” de nossa visão.

(2) os sentidos e as paixões atormentam e afligem.

O homem que se sujeita ao jugo dos seus preconceitos enreda-se no tormento e na aflição de os carregar, pois tais realidades não produzem deleite, apenas irritações, exigem, ao contrário, a aflição continuada de não os contradizer, o tormento repetido de os justificar.

(3) causam obscuridade e cegueira.

A alma cativa dos apetites sensíveis não consegue andar em pátios iluminados de outras formas: “o apetite cinge tão de perto a alma e se interpõe a seus olhos tão fortemente, que ela se detém nesta primeira luz, contentando-se com ela, não mais percebendo a verdadeira luz do entendimento. Só poderá vê-la novamente quando o deslumbramento do apetite desaparecer”<sup>32</sup>.

De outra forma, “(...) a alma permanecerá nas trevas e na incapacidade até se apagarem os apetites. Estes são como a catarata ou os argueiros nos olhos: impedem a vista até serem eliminados”<sup>33</sup>;

<sup>32</sup> São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 163.

<sup>33</sup> São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 164.



(4) sujam e mancham.

A alma que se apega a suas percepções e inclinações fica desfigurada pelas mesmas. Tal como um belo rosto coberto de fuligem fica desfigurado, a alma que se apega, que se deixa absorver pelas suas idiossincrasias não pensadas torna-se incapaz de ver através dessas manchas.

Quando o santuário da alma é decorado com as pré-concepções não refletidas, especialmente com as pré-compreensões provocadas pelos sentidos e pelas paixões (que sempre querem justificar suas inclinações momentâneas ou habituais), o entendimento fica sem espaço para transitar, fica emaranhado. Torna-se cativo de um aposento sem espaço.

(5) entibiam, enfraquecem.

Quem gasta suas energias em justificar seus apetites, suas pré-concepções, fica, naturalmente com menos forças para dedicar-se ao entendimento aprofundado.

O fato de não se concentrarem os olhares para a descoberta objetiva (sem o eu), faz essa forma de entendimento perder o vigor, o ardor. A intelectualidade fica como minada em suas forças, pois está acompanhada de parasitas que sugam sua seiva, desviam sua energia para outros propósitos.

Os parasitas (pré-compreensão e pré-conceito) podem até mesmo tornar o entendimento cativo, sem forças, à beira da morte. Ou então, deixam-no debilitado.

De qualquer forma, torna o homem pesado para caminhar por si mesmo na intelectualidade, áspero com o próximo (com as idéias alheias), sem vontade para trilhar novas sendas.

Desnudar da alma de suas pré-concepções irracionais é impossível, contrário a própria natureza humana, pois é dotada de apetites. Romper, no entanto, com a adesão voluntária a esses apetites é que se torna necessário. Em outras palavras, não é a pré-compreensão que impede a intelectualidade (embora sempre atrapalhe), mas a pré-compreensão a que se adere.

O querer desapegar-se dessa adesão, no entanto, não é fácil, exige atenção renovada. Volta e meia é preciso recobrar o olhar sobre esse apego e sobre o grau desse apego a que se está sujeito. Não importa se um pássaro está preso por um fio grosso ou fino, das duas formas



o vôo fica limitado. Em verdade, os fios mais finos são menos perceptivos e mais flexíveis, exigindo, portanto, muito mais cuidado.

Às vezes, pela falta de desapegar-se de uma ninharia (que muitas vezes não é ninharia para a vida pessoal, pois poderá exigir mudar de conduta) deixa de se compreender uma série de realidades. Permitir a aliança, mesmo que velada, com alguma pré-concepção, mesmo que pequena, evita progredir no caminho do entendimento verdadeiro.

Por outro lado, São João da Cruz dá-nos uma série de conselhos para superar esses apegos<sup>34</sup>. Vejamos apenas alguns deles: (a) é preciso inclinar-se ao trabalho, não ao descanso (embora a fadiga e o sono sejam inimigos do estudo<sup>35</sup>); ao mais difícil, não ao mais fácil; (b) é preciso agir em desprezo próprio, falar contra si, esforçar-se para conceber baixos sentimentos quanto às próprias convicções; (c) para cultivar o desapego a si mesmo, é preciso apegar-se a algo mais elevado, à descoberta da realidade.

### 3.3 APERFEIÇOAMENTO DAS FACULDADES ESPIRITUAIS

Platão entende que o homem, para percorrer o caminho do conhecimento, não pode ser manco de algumas virtudes, necessita de algumas características: memória, disciplina inquebrantável, amor incontestante ao trabalho<sup>36</sup>, temperança, coragem e grandeza de alma<sup>37</sup>.

Há, em suma, características que configuram o espírito do pesquisador. Ao homem dotado de tais atributos a investigação torna-se conatural.

São João da Cruz, por sua vez, aponta-nos que para o homem caminhar em direção a Deus (para a nossa leitura, em direção à verdade) deve passar por momentos de privação (noites). A primeira privação (comparada por ele ao crepúsculo) é a dos sentidos (da luz dos sentidos). A segunda (comparada à meia-noite, por ser a mais escura e sombria de todas), é a do espírito (da própria luz intelectual).

O homem apegado a sua veste, a sua natural maneira de ser e ver o mundo que o rodeia, a sua luz própria, racional, que age em virtude de suas próprias capacidades, desabilita-se para enxergar outros mundos:

<sup>34</sup> Cf. São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 176 e ss.

<sup>35</sup> Platão. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. SP: Nova Cultural, 2004, p. 251.

<sup>36</sup> Platão. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. SP: Nova Cultural, 2004, p. 249.

<sup>37</sup> Platão. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. SP: Nova Cultural, 2004, p. 250.



O entendimento não pode conhecer por si mesmo coisa alguma, a não ser por via natural, isto é, só o que alcança pelos sentidos. Por este motivo, necessita de imagens para conhecer os objetos presentes por si ou por meio de semelhanças, como dizem os filósofos, *ab obiecto et potentia paritur notitia*, isto é, do objeto presente e da potência nasce na alma a notícia. Se falassem a alguma pessoa de coisas jamais conhecidas o vistas nem mesmo através de alguma semelhança ou imagem, não poderia evidentemente ter noção alguma precisa a respeito do que lhe diziam. Por exemplo: dissei a alguém que em certa ilha longínqua existe um animal por ele nunca visto, se não descreverdes certos traços de semelhança desse animal com outros, não conceberá idéia alguma, apesar de todas as descrições. Por outro exemplo mais claro se entenderá melhor. Se a um cego de nascença quisessem definir a cor branca ou amarela, por mais que explicassem, não o poderia entender, porque nunca viu tais cores, nem coisa alguma semelhante a elas, para ser capaz de formar juízo a esse respeito; apenas guardaria na memória os seus nomes, percebidos pelo ouvido; mas ser-lhe-ia impossível fazer idéias de cores nunca vistas<sup>38</sup>.

Nosso molde pré-configurado de ver o mundo impede-nos de estudar em completude.

O físico norte-americano Thomas Samuel Kuhn, nesse sentido, descreve o efeito de cegueira que gera o paradigma, pois limita o raio de nossa visão. Porque estamos acostumados a ver de determinada forma, ao passar ao lado de algo que se situe fora de nossos costumes, não enxergamos, continuamos a “tentar” explicar o que “não” vimos, pelas nossas formas, pelos limites de nossa visão.

Há realidades que não enxergamos:

Me explicaram mas não entendi. Eu não havia esquecido o suficiente para poder imaginar o novo (...) Não entendi porque entender é isto: a gente vê uma coisa e vai procurando, na memória, um cabide onde a “coisa” possa ser pendurada. Quando encontramos o cabide e a penduramos dizemos “entendemos”. O fato de o cabide já estar lá, na memória, à espera, significa que aquela idéia já estava prevista. Já era sabida. Não causava susto. A memória não tem cabides para coisas novas. Só para coisas velhas<sup>39</sup>.

É preciso incorporarmos a pedagogia do esquecimento: “É preciso esquecer o sabido para saber o que nunca se soube<sup>40</sup>”.

Lembrei-me das cigarras. As cigarras são seres subterrâneos que vivem à raiz das árvores. Dizem alguns que há cigarras que passam mais de 15 anos dentro da terra, sem jamais ver a luz, sem nada conhecer do espaço aberto, das cores, das árvores, do vento. Mas, de repente, elas ouvem um chamado novo, chamado que se encontrava adormecido dentro dos seus corpos. O curioso é que todas ouvem o chamado ao mesmo tempo. Por quê? Não sei. Chamado que nunca tinham ouvido. Chamado para uma coisa nova que elas nem sabiam que existia. Saem então de dentro da terra, sobem nas árvores e deixam, agarradas nos troncos, suas cascas vazias, cascas que durante muitos anos tinham sido suas moradas. Não servem mais.

<sup>38</sup> São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 189.

<sup>39</sup> Rubem Alves. **Aprendiz de mim**: um bairro que virou escola. Campinas: Papirus, 2004. p. 26

<sup>40</sup> Rubem Alves. **Aprendiz de mim**: um bairro que virou escola. Campinas: Papirus, 2004. p. 80.



Agora a vida lhes diz: “Voar é preciso”. Mas para voar elas teriam de se “esquecer” de sua maneira subterrânea de ser. Por isso elas abandonam suas cascas nos troncos das árvores. Não se prestam ao voo. Não fazem lugar para as asas. O que fora casa agora é ataúde<sup>41</sup>.

O que São João da Cruz nos apresenta, nesse sentido, é que é possível privar-se do padrão pessoal e aquiescer ao outro para enxergar novas realidades, mas essa privação deve ser total:

O cego não inteiramente cego não se deixa guiar direito por quem o conduz. Pelo fato de enxergar um pouco, ao ver algum caminho já lhe parece mais seguro ir por ali, porque não vê outros; e como tem autoridade, pode fazer errar a quem o guia e vê mais do que ele<sup>42</sup>.

Quem aspira unir-se à verdade não pode percorrer o caminho do entendimento apoiado, apegado a suas compreensões parciais (às vezes imaginárias ou fruto de sentimentos), pois isto impede a continuidade da investigação sobre o objeto.

Às vezes, em alguns trabalhos acadêmicos até bem estruturados, apresentam-se algumas conclusões parciais (nos tópicos iniciais) que condicionam todas as demais. Há que se perguntar: e se os passos anteriores estiverem errados, incompletos?

É preciso, para continuar a trilha do conhecimento, da ciência, viver do “não-saber”, mesmo que já se saiba algo. Isto cria um hábito, um modo de ser intelectual que não mais se prende ao próprio modo de entender. Embora todos tenham um modo próprio, a busca de desatrelar-se do mesmo, faz-nos sair da caverna de Platão.

Para chegar a isso, é preciso efetivamente apartar-se para muito longe de si mesmo. Não consegue isto quem não deu um passo anterior: desprezar-se a si mesmo<sup>43</sup>.

É natural que demos valor ao que descobrimos, às luzes particulares que acendemos na morada intelectual. Mas, se isto fizermos (antes de terminar a pesquisa) pararemos de fazer ciência e passaremos apenas a colacionar provas de que “nós” temos razão, de que nossas habilidades foram eficientes. A investigação assim conduzida deixa de ser da *racionalidade* e converte-se em pesquisa de *justificações*.

Marcos Nobre, nesse sentido, aponta que um dos maiores problemas da pesquisa em Direito, nos dias de hoje, é que essa atividade está contaminada pela lógica do parecer. Assim sendo, o investigador, limitado em seus objetivos, ignora parte do material disponível, faz inconsciente triagem apenas do que homologa ou ratifica a sua opinião inicial. Essa lógica,

<sup>41</sup> Rubem Alves. **Aprendiz de mim**: um bairro que virou escola. Campinas: Papyrus, 2004. p. 80-81.

<sup>42</sup> São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 192.

<sup>43</sup> Cf. São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 193.





ademais, não está calcada, muitas vezes, na demonstração, mas apenas em argumentos de autoridade, que digam onde está a suposta razão<sup>44</sup>.

Segundo nosso maior ou menor treinamento em sair de nós mesmos, adquirimos mais e mais capacidades visuais, enxergamos mais coisas, preparamo-nos para fazer ciência. Assim alcançamos mais conhecimento, embora estes sejam infundáveis:

Suponhamos uma imagem perfeitíssima, com muitos e primorosos adornos, trabalhada com delicados e artísticos esmaltes, sendo alguns de tal perfeição, que não é possível analisar toda a sua beleza e excelência. Quem tiver menos clara a vista, olhando a imagem, não poderá admirar todas aquelas delicadezas da arte. Outra pessoa de melhor vista descobrirá mais primores, e assim por diante; enfim, quem dispuser de mais capacidade visual maiores belezas irá percebendo; pois há tantas maravilhas a serem vistas na imagem que, por muito que se repare, ainda é mais o que fica por contemplar<sup>45</sup>.

Segundo Tomás de Aquino, a verdade é fruto da adequação das coisas ao intelecto e do intelecto às coisas (*veritas est adequatio rei et intellectus*). Ocorre que, para o intelecto conformar-se à verdade das coisas (o que a pesquisa quer descobrir, mesmo que se busquem verdades culturais como a do Direito) é preciso que essa potência esteja apta para “toda” a verdade a ser encontrada.

O grau de conhecimento alcançado depende dessa capacidade. É a capacidade do recipiente que nos diz quanto de conteúdo pode ser contido. Embora, em determinado momento, possamos estar repletos ou transbordando de conteúdo, segundo nossas capacidades; é possível ampliar as mesmas.

Para São João da Cruz, “todos os conhecimentos adquiridos constituem antes impedimento que auxílio, se a ele nos apegarmos”<sup>46</sup>.

A alma, vendo-se favorecida por descobertas, muitas vezes concebe secretamente boa opinião de si, satisfação de sua descoberta. O proveito, a partir de então, será menor do que poderia ser, pois essa mesmíssima satisfação paralisa a inquietação (218).

Se a alma não fecha os olhos novamente, se não volta voluntariamente à escuridão, ao caminho do não-saber, estaciona e não se lança a novos vôos.

Presa à propriedade de suas visões (novamente a questão não reside na visão, mas no apego) impede-se a continuidade do caminho da desnudez (sem contar com o fato de que

<sup>44</sup> Cf. Transcrições do debate realizado pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas sobre a Pesquisa em Direito. IN *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 5: setembro 2008. p. 25.

<sup>45</sup> São João da Cruz. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 198-199.

<sup>46</sup> Aut. Cit. **Subida ao Monte Carmelo**. Obras completas. SP: Vozes, 2002, p. 209.





essas primeiras descobertas podem ser falsas). Se essas ilusões (verdadeiras ou falsas) deitam raízes profundas, impede-se o retorno para o caminho da pesquisa. Em outras palavras: a alma presa às suas descobertas apenas mudou a morada de sua ignorância, detêm-se no meio do caminho...

Ao contrário, preservado o desapego, excluído o desejo pelo descoberto, poderão somar-se novas descobertas... Para subir a escada do conhecimento, que nos aproxima do plano superior da verdade, é preciso deixar para trás, continuamente, os degraus já conquistados. A pesquisa e o espírito de investigação, depois que alcançam algum patamar de união com o ser conhecido, precisam desvincular-se do conquistado (que gera novos “acostumbramentos”) para caminhar ao próximo piso.

Há que se tomar cuidado, no entanto, com essa atitude para não incorrer no vício intelectual oposto. O desapego do que foi conquistado é necessário, mas não antes de se consolidar o entendimento já descoberto. Senão a trilha do conhecimento não será proveitosa.

Embora a solidificação das idéias seja a fonte do apego, paradoxalmente, é preciso aprofundar no que foi entendido até o momento, pois não deixa de ser parte da realidade investigada. Deve-se evitar o apego, mas não que se aprofunde o entendimento.

Enquanto estiver-se a discorrer e a explicar o que se está compreendendo, a atenção nesse ponto deve concentrar-se (sob pena de se construir o caminho da investigação apenas desconstrutiva, que não pode ser o propósito final de nenhuma pesquisa). Quando a compreensão gerar o sossego do espírito própria de quem dominou a situação, de quem já usufruiu de todos os proveitos de determinada compreensão, é que surge o momento de desapegar-se.

## **CONCLUSÃO**

A senda de tornar-se um verdadeiro pesquisador, de estar habilitado para a pesquisa exige o eterno desafio grego: Conhece-te a ti mesmo. O pesquisador é alguém diferente, que sabe olhar para os objetos sob análise de forma diversa, pois sabe quais são as suas limitações e as supera, passa por cima delas (lembremos o poema de Cruz e Souza).

John Nash, o grande matemático, ganhador do prêmio nobel de economia em função de descobrir o equilíbrio da teoria dos jogos, era bipolar. Somente quando adquiriu verdadeira consciência de suas limitações soube continuar seus estudos, diferenciando o que era



realidade e o que era invenção ou projeção de suas limitações. Consciente e com suas limitações, alçou vôo incomensurável do saber.

A consciência aliada a continua luta pessoal para superar nossas limitações faz-nos verdadeiros pesquisadores, legítimos cientistas.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, Rubem. **Aprendiz de mim: um bairro que virou escola.** Campinas: Papirus, 2004.

ALVES, Rubem. **Lições de Feitiçaria.** Meditações sobre a poesia. SP: Loyola, 2003.

ASSIS, Machado de. **Crônicas Escolhidas.** SP: Ática, 1994, p. 18-19.

CRUZ E SOUZA, João da. **Poesia** (organizado por Tasso da Silveira). 5ª ed. Coleção Nossos Clássicos. RJ: Livraria Agir Editora, 1975.

CRUZ, São João da. **Subida ao Monte Carmelo.** Obras completas. SP: Vozes, 2002.

GUIMARÃES ROSA, João. **Tutaméia.** RJ: Nova Fronteira, 1985, p. 18. APUD Rubem Alves. **Lições de Feitiçaria.** Meditações sobre a poesia. SP: Loyola, 2003.

JUNGER, Ernst. Heliópolis. **Visión retrospectiva de una ciudad.** Tradución del alemán por Marciano Villanueva. Barcelona: Editorial Seix Barral, 1998.

LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. **A Formação Adequada à Configuração de um Novo Humanismo.** Conferência proferida na Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 26 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.hottopos.com.br/prov/quint2p.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. **Descobrir a Grandeza da Vida.** Introdução à Pedagogia do Encontro. Trad. Gabriel Perissé. SP: ESDC, 2005.

LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. **El espíritu de Europa.** Madrid: Unión Editorial, 2000.

LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. **Inteligência Criativa: descoberta pessoal dos valores.** SP: Paulinas, 2004.

LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. **La tolerancia y la manipulación.** Madrid: Rialp, 2001.

MARAÑÓN, Gregório. **Tibério: Historia de un resentimiento.**

PERISSÉ, Gabriel. **Método Lúdico-Ambital: a leitura das entrelinhas.** SP: ESDC, 2006.

PERISSÉ, Gabriel. **O professor do futuro.** RJ: Thex Editora, 2002.



PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. SP: Nova Cultural, 2004.

RUSSEL, Bertrand. **On Education**. London: George Allen & Unwin, 1926.

TOLSTÓI, Lev Nikoláievich. **Ana Karênina**. Trad. Mirtes Ugeda. SP: Nova Cultural.



## DIREITOS FUNDAMENTAIS E NORMAS PROGRAMÁTICAS

Roberto Carlos Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

Os direitos fundamentais contidos em normas programáticas podem ser efetivados, independente do princípio da reserva do possível. A análise elaborada leva em consideração o posicionamento de dois dos principais autores brasileiro e do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho. A avaliação das características das normas programáticas permite chegar à conclusão da efetivação dos direitos fundamentais, ainda que se exija do Estado a implementação de medidas diversas à prestações positivas, notadamente nos chamados direitos sociais. O reconhecimento da eficácia de tais normas programáticas é uma forma de ampliação do Estado Democrático no Brasil.

Palavras chaves: Direitos fundamentais – normas programáticas – reserva do possível – Democracia.

**SUMÁRIO:** 1 A questão proposta. 2 Eficácia das Normas Constitucionais. 3 Diversas classificações. 3.1 A doutrina Americana. 4 A doutrina Brasileira. 4.1 A posição de José Afonso da Silva. 4.2 A posição de Luís Roberto Barroso. 5 A norma programática. 5.1 Conceituação das normas programáticas. 5.2 Normas programáticas e Direitos Fundamentais. 5.3 A posição de José Afonso da Silva. 5.3.1 Direitos Sociais. 5.3.2 Distinção entre princípios e normas e regras. 5.3.2.1 Rol de normas programáticas. 5.4 A posição de Luís Roberto Barroso. 5.5 A posição de J. J. Gomes Canotilho. 6. Perspectivas de ampliação do Estado Democrático no país, ante a eficácia plena dos direitos fundamentais. 7 Conclusão. 8 Bibliografia.

## O POSICIONAMENTO DOS DOUTRINADORES SOBRE O TEMA NORMA PROGRAMÁTICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1 A QUESTÃO PROPOSTA

A questão que nos é proposta é a seguinte: Apresente as posições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, LUÍS ROBERTO BARROSO E J.J. GOMES CANOTILHO a respeito da eficácia das normas constitucionais indicando o que esses autores consideram como normas programáticas e verificando se segundo eles, pode haver norma programática consagrando direitos fundamentais. Três são os pontos fundamentais para a resposta, tomando por base a posição dos autores mencionados, a primeira diz respeito à eficácia das normas constitucionais, a segunda o que seriam as normas programáticas e a terceira se pode haver normas programáticas consagrando direitos fundamentais.

Ao par da resposta da questão proposta, utilizaremos para formulação do artigo a palavra-chave Democracia, com a abertura das perspectivas de ampliação do Estado Democrático no País.

---

<sup>1</sup> Professor de introdução à Filosofia na Faciplac, é Doutor em Direito. Promotor de Justiça.



## 2 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

É através do grau de eficácia que as normas constitucionais atingem que se poderá determinar a dimensão dos direitos por elas objetivamente estabelecidos no do ordenamento jurídico.

Da questão vem se ocupando diversos autores, que buscam o modo de demonstrar a força normativa da constituição, para realização da totalidade de seu sentido e ao mesmo tempo propiciar o gozo pleno dos direitos instituídos por ela.

Para alcançar tal fim, diversas são as classificações, desde a implantação do chamado Estado Social, com dificuldade especial no que tange aos programas de realização estatal, a partir da Constituição de Weimar.

## 3 DIVERSAS CLASSIFICAÇÕES

José Afonso da Silva, na sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, inicia demonstrando a dificuldade da aplicabilidade e eficácia da norma constitucional devido a ambigüidades terminológicas. Faz as seguintes distinções:

1 – Positividade do Direito exprime a característica de um Direito que rege, in concreto, a conduta humana, mediante normas bilaterais e atributivas, socialmente postas: pode ser histórico, como atual; opõe-se a direito natural.

2 - Vigência do Direito, ou direito vigente, caracteriza o Direito que rege, aqui e agora, “hic et nunc”, as relações sociais; refere-se ao Direito presente; designa a existência específica de uma norma, opondo-se ao direito histórico.

3 – Eficácia do Direito: toma-se a expressão em dois sentidos. A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito como diz Kelsen, “ao fato real de ela ser efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita;<sup>2</sup> nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. (1998; p. 65/66)

Acrescenta ainda sobre o tema:

Os dois sentidos da palavra *eficácia*, acima apontados, são, pois, diversos.

<sup>2</sup> Nota do original, Cf. J.H.Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, p. 289.



Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como por exemplo o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são complexos, como já anotamos antes (1998; p. 66).

A distinção clássica das normas jurídicas sob o ponto de vista da eficácia é a que separa em normas coercitivas, cogentes, taxativas e normas dispositivas. Salienta o autor que as normas constitucionais pertencem essencialmente ao *ius cogens*, sendo tal, ponto pacífico.

A afirmação tem por fim elaborar crítica à doutrina norte-americana que inicialmente elaborou a distinção das normas constitucionais em duas categorias: a) *mandatory provisions* (prescrições mandatórias), que seriam cláusulas constitucionais essenciais ou materiais cujo cumprimento é obrigatório e inescusável; b) *directory provisions* (prescrições diretórias), de caráter regulamentar, podendo o legislador comum dispor de outro modo, sem que isso importasse inconstitucionalidade de seu ato.

Tal classificação foi duramente criticada<sup>3</sup>.

### 3.1 DOUTRINA AMERICANA

A doutrina e jurisprudência norte-americana elaborou a classificação das normas quanto à sua aplicabilidade em *self-executing provisions*, (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*; auto-executáveis, auto-aplicáveis, bastantes em si) que “são desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais *not self-executing provisions* ( ou *not self-enforcing*, ou *not self acting*; não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não bastantes em si) são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias”. (DA SILVA. 1998; p.74)

---

<sup>3</sup> Tal concepção recebeu sérias críticas por parte de Cooley asseverando que o *não podemos esperar que se encontrem na Constituição preceitos que o povo não tenha considerado de alta importância e dignos de figurar num instrumento que se destina a controlar igualmente o governo e os governados e a constituir a justa medida dos poderes conferidos*<sup>3</sup>. Assim, também, Francisco Campos que acrescenta combate sobre a distinção entre leis material e formalmente constitucionais.



## 4 DOCTRINA BRASILEIRA

No Brasil encontramos em destaque as posições de José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso, para os fins do presente trabalho, as quais passamos a detalhar.

### 4.1 O posicionamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA

O ilustre constitucionalista parte da premissa de que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia, admitindo porém, que “para certas normas constitucionais é necessário a emissão de normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”, para a manifestação plena dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte (1998; p. 82).

Ao par dessa observação apresenta a seguinte classificação das normas constitucionais quanto à eficácia:

1 – Normas constitucionais de eficácia plena, que possuem as características de serem completas no que determina, não necessitarem de auxílio supletivo de outra lei (lei ulterior), criarem situações subjetivas desde logo exigíveis, incrustar-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais.

Podemos, nesse passo, utilizarmos do conceito de José Afonso da Silva, para dizer que normas constitucionais de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular<sup>4</sup>” (1998; p.101).

Normas constitucionais de eficácia contida, as quais necessitam da intervenção do legislador ordinário para restringir a plenitude de sua eficácia. São de aplicabilidade imediata. Algumas dessas normas possuem um conceito ético juridicizado, implicando numa limitação de eficácia.

Destaque-se as características que tais normas possuem, conforme transcrevemos a observação do autor.

Possuem natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos

---

<sup>4</sup> Cf. J. H. Meirelles Teixeira, op. cit., p. 317.





indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias.”(1998; p. 116)

O autor nos oferece o seguinte conceito:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

**Normas constitucionais de eficácia limitada.** Tais normas não receberam diretamente do legislador constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, cabendo ao legislador ordinário a regulamentação da matéria nelas estabelecidas. (ex. art.192, § 3º, da CF/88). Nessas normas estariam incluídas as normas constitucionais de princípio programático.

#### 4.2 O posicionamento de LUIS ROBERTO BARROSO

Admitindo que as normas jurídicas revestem-se de uma característica que é própria do Direito, consistente na imperatividade, o autor afirma que mesmo na distinção clássica entre normas cogentes e dispositivas, não há ausência de imperatividade, “senão que uma graduação de seu teor”(BARROSO, 1996; p. 75).

Ao abordar o tema da eficácia, o autor afirma que em se tratando,

de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos *típicos*<sup>5</sup>, ‘ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade<sup>6</sup>”(p. 81).

A distinção entre eficácia jurídica e eficácia social, leva-nos ao conceito de efetividade jurídica, significando “a realização, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”(1996, p. 83).

E complementa, “Partindo da premissa da estatalidade do Direito, é intuitivo que a

<sup>5</sup> Flávio Bauer Novelli, “A eficácia do Ato Administrativo”, RDA n 60, p.21: “Para distinguir o efeito através do qual se cumpre a função específica do ato (ou fato), de outros e diversos efeitos jurídicos que o mesmo pode produzir, chama-se ao primeiro, efeito final, *típico*, principal ou definitivo”.

<sup>6</sup> José Afonso da Silva, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, 1982, p. 56.



efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios (p. 83).

O autor não apresenta nova classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade, mas uma reordenação das já existentes na teoria das normas jurídicas. Assim, as normas constitucionais se enquadram na seguinte tipologia:

1 – Normas Constitucionais de Organização.

Destinam-se à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação de outros atos normativos. São também referidas como *normas de estrutura ou de competência*. Carla Pinheiro observa que tais normas “têm caráter instrumental e precedem à incidência das demais, já que visam à estruturação orgânica do Estado”. Para BARROSO, exemplo dessas normas são: a) as que veiculam as decisões políticas fundamentais, ao definirem a forma de Estado e de governo ( art. 1 ), a divisão orgânica do poder (art. 2) ou o sistema de governo (art. 76); definem as competências dos órgãos constitucionais (art. 49, 84, 96, I) e das entidades estatais (art.21, 25, 1, 30); criam órgãos públicos (art. 44, 92) autorizam sua criação (art. 125, 3) traçam regras à sua composição ( art. 101); estabelecem normas processuais e procedimentais de revisão da própria constituição (60, 4, I).

2 - Normas Constitucionais Definidoras de Direitos

São as que definem, ou fixam, os direitos fundamentais dos indivíduos, os quais o autor agrupa em três categorias, que os repartem em direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais.

3 - Normas Constitucionais Programáticas

Conforme preceitua o festejado professor carioca, têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.

Passemos à consideração dessa última categoria de norma, que possuem maior relevância para os fins propostos no presente artigo.

## 5 A NORMA PROGRAMÁTICA

A idéia de Programaticidade, especialmente na constituição de Weimar, marcou a modificação do conceito jurídico de Constituição da época, que como denota Paulo Bonavides,



dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais volveu à tela de debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda (2002, p. 207).

A tendência de programaticidade permaneceu em quase todas as Constituições do século XX. Programaticidade essa que buscou-se ser jurídica e não programática, isto é, dotada de positividade.

É importante deixar consignado que no pós I Grande Guerra Mundial o velho direito constitucional entrou em crise.

A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: O Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidade emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social (Bonavides; 2002, p.208).

Busca-se aí, a afirmação da juridicidade das normas constitucionais, em especial das de caráter programático, principalmente após o panfleto de Lassale sobre a essência da constituição rígida e formal.

## **5.1 CONCEITUAÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS**

Pontes de Miranda dá a seguinte definição:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Público. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função (1974, p. 126-127).

Acreditamos que a referida conceituação é por demais suficiente para a finalidade do presente artigo.

## **5.2 NORMAS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Nesse passo é necessária a análise da posição dos autores delimitados na questão sobre o que consideram ser normas programáticas, assim também, se tais normas consagram direitos fundamentais. Portanto, ainda que distinguindo, individualmente, a posição de cada um, procuraremos intercalar as duas respostas, para posteriormente proceder à análise mais



atual do tema.

### 5.3 POSIÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

Para o Professor de Direito Constitucional da USP, as normas constitucionais de *princípio* programático, encontram terreno nas chamadas Normas Constitucionais de eficácia limitada.

Conforme lição deixada pelo o autor:

O embate entre o liberalismo, com seu conteúdo de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos<sup>7</sup>. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições<sup>8</sup>. Vem daí o conceito de *constituição-dirigente*,<sup>9</sup> de que a constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de um orientação democrática. Por isso, ela, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático* (1998; p. 136 e 137).

Procurando definir as normas programáticas e aceitando a doutrina de Crisafulli, deixa assentado que são aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins do Estado.

A exemplo do Professor Paulo Bonavides, sustenta a imperatividade e o seu caráter vinculativo. Ressalta, no entanto, certa dubiedade no que tange à aplicação de tais normas, vez que com a afirmação de que seja de eficácia limitada e que sua aplicabilidade dependa de “emissão de normatividade futura”, expressão do Professor e constitucionalista paulista que poderia dar a idéia de que não sejam autêntico direito atual, de imediata aplicabilidade.

<sup>7</sup> Cf. Robert Pelloux, ob. Cit., p. 28

<sup>8</sup> Sobre o tema, cf. Fábio Lucas, *Conteúdo social nas Constituições brasileiras*, Belo Horizonte, 1959.

<sup>9</sup> Sobre essa concepção, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, embora se notem obras mais recentes, certas mudanças de concepção do autor.



Socorrendo-se de Gomes Canotilho (1977, p. 177), assevera, como *linhas programáticas* dirigidas ao legislador e não como autênticas normas jurídicas imediatamente preceptivas e directamente aplicáveis pelos tribunais ou quaisquer outras autoridades<sup>10</sup> (*grifo nosso*). Essa é a linha que as constituições e a doutrina (alemã especialmente, com reflexo em Portugal vêm tentando superar) (1998; p. 140).

### 5.3.1 Direitos sociais

Sustenta posição de que as normas programáticas sempre estiveram vinculadas à disciplina das relações económico-sociais. Esclarece a superação da chamada regulamentação da liberdade, a qual pretendia que cada indivíduo fosse organizado, isto é, que as condições e os limites de sua aplicabilidade fossem determinados por uma lei orgânica, reconhecendo que normas constitucionais que enunciam direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta.

Há de destacar-se, que o problema da atualidade é buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o carácter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.

### 5.3.2 Distinção entre princípios e normas e regras

José Afonso busca auxílio em Gomes Canotilho para esclarecimento do tema, que é exposto da seguinte maneira:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoal ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, 'são [como observam Canotilho e Vital Moreira] núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais"<sup>11</sup>.(p. 142)

Canotilho esclarece o tema, referindo-se a dois tipos de princípios: a) *os princípios jurídicos fundamentais*; b) *os princípios constitucionalmente conformadores*. Recusa a idéia

<sup>10</sup> Cf. J J Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1ª ed. 1977, p. 177.

<sup>11</sup> Cf. *Constituição da República Portuguesa anotada*, v. 1º/41 e 42

de que os princípios jurídicos fundamentais se reduzam a simples princípios gerais de Direito ou regras jurídicas gerais ou se inscrevam numa ordem jurídica suprapositiva (jusnaturalismo). Entende-os como direito positivo e fonte de Direito. Mas, quando fala em princípios jurídicos fundamentais como fonte de direito constitucional, refere-se a,

princípios fundamentais historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

“É de extrema importância ter em mente essas considerações, a fim de distinguir as disposições programáticas e os princípios políticos constitucionais conformadores das ordens econômica e social. Esses princípios são programáticos, mas apenas no sentido de que definem as bases dos fins e tarefas estatais e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. Constituem Direito imediatamente vigente e são diretamente aplicáveis. Assim, a determinação constitucional a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social constitui uma norma-fim, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só eles como, também, toda a ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio política constitucionalmente conformador, que se impõe ao aplicador da Constituição. Os demais princípios informadores da ordem econômica – propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego – são da mesma natureza. Apenas esses princípios preordenam-se e hão que harmonizar-se (sic) em vista do princípio-fim que é a realização da justiça social, a fim de assegurar a todos existência digna. Nesse sentido, hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada, como princípios-condição da justiça social.” (grifo nosso, 1998; p. 143 e 144)

### 5.3.2.1 ROL DE NORMAS PROGRAMÁTICAS

Indica o seguinte rol de normas programáticas:

1 – vinculadas ao princípio da legalidade - a) participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; art. 7º, XI, já existe lei definindo, daí a divergência entre José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso, o primeiro acha que a norma deixou de ser programática, pois concretizou-se na Lei 10.101, de 19.12.2000, o segundo entende que tal norma nunca foi programática, textualmente afirma: Todas essas normas (art. 5ºXXVI, art. 7º e inc. XI, art. 201, § 4º) são atributivas de direitos aos jurisdicionados, cabendo ao legislador ordinário regulamentá-las. Não são normas programáticas, como, a meu ver sem razão, sustentam diversos autores, dentre os quais José Afonso da Silva, Eros Roberto Grau e Anna Cândida da Cunha Ferraz, destaca o Barroso (p. 45).



Em todos os exemplos apresentados, a Constituição impõe ao legislador uma atuação. Não são normas que prevêm um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo da conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir. Definitivamente não, tais características estão presentes nestas outras normas, elas sim, programáticas (art. 215, § 1º; art. 218; art. 170, III).

Por certo o descumprimento de desideratos desta natureza constitui, também, ofensa à Constituição. Mas eles não investem o jurisdicionado no poder de exigir prestações positivas e é de se reconhecer que a sua concretização depende essencialmente da luta política, de conquistas a serem alcançadas por via da atuação participativa referida no início do item 2 acima.

Distinta é a posição jurídica dos jurisdicionados nas hipóteses dos exemplos 1, 2 e 3 (art. 5ºXXVI, art. 7º e inc. XI, art. 201, § 4º) supra. É que aquelas normas especificam o interesse tutelado, apontam um bem jurídico fruível, definem a conduta a ser seguida e geram, ipso iure, direito subjetivo à sua obtenção. Em sentido amplo é possível afirmar que existe “um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, não visualizável desde a perspectiva liberal, porém indissolúvel dos pressupostos que ensejam a consagração sobretudo de direitos econômicos e sociais.”<sup>107</sup> (destacamos) b) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX) o autor observa a impossibilidade de utilização de mandado de injunção para o presente caso pois trata-se de programa muito genérico. C) proteção em face da automação, na forma da lei (7º, XXVII); d) A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º); A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais (216, § 3º); A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho (218, § 4º). Cumpre apenas observar, por fim, que, nesses casos, quando a lei lhe deu concreção prática – desde que, realmente, a lei o tenha feito, pois pode acontecer que a lei é igualmente tão abstrata que, no fundo, não muda nada. Mas não é a lei que cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece.

2- referidas aos poderes públicos: 21, IX; 48, IV; 184\*, 211, § 1º; 215 e § 1º; 216, § 1º; 217\*\*; 218 e seu § 3º; 226 e § 8º e art. 227, § 1º.

3 – à ordem econômica: 170; 193; 196; 205.

José Afonso da Silva nega que os direitos sociais sejam garantias institucionais, reconhecendo-os como direitos fundamentais e salientando que não lhes tira essa natureza o

<sup>107</sup> Nota original da obra O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, limites e possibilidade da constituição brasileira, Luis Roberto Barroso, citando Eros Roberto Grau, ob. Cit., p. 45.

\* exigem tantas normas legais para sua aplicabilidade que acabam transformando a regra do *caput do art. 184* em dependente de um verdadeiro emaranhado de legislação; e o programa aí previsto só vai saindo, a duras penas, por pressão de movimentos sociais, como o MST; mas aí é que está a relevância das normas programática, normas de sentido teleológico, porque apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas, JAS, p. 149.

\*\* O autor observa que ‘aqui, uma daquelas situações em que a palavra ‘direito’ não qualifica uma situação jurídica subjetiva que propicie exigibilidade efetiva de determinada conduta, hipótese criticada por Luís Roberto Barroso (ob, cit., p.104) José Afonso da Silva, op. cit. p. 150.





fato de sua realização poder depender de providências positivas do poder público (1998; p. 151)

Para concluir a posição do autor, este reconhece a juridicidade das normas programáticas e ressalta que as mesmas possuem eficácia limitada. No entanto, indica as seguintes situações em que as mesmas terão eficácia jurídica imediata, direta e vinculante:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

#### **5.4 POSIÇÃO DE LUIS ROBERTO BARROSO**

O autor não inclui os direitos sociais no âmbito das normas programáticas. Afirma, textualmente, que estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público (BARROSO; 1996; p. 114). E acrescenta:

Na constituição de 1988, partilham dessa natureza, v.g., o dispositivo que consagra a “função social da propriedade” (art. 170, III), o que estabelece que a “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193) e o que determina que o Estado “apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”(art. 215) (1996; p.114)

O autor deixa claro que “as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos (p. 115)

Insiste no ponto, já adiantado por nós, de que o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isso, programática.



O autor agrupa os direitos fundamentais em três categorias: direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais. Acrescenta que já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. Destaca, que “é puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais” (p. 104). Acrescenta,

a afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (p. 104).

A consagração positiva dos direitos sociais, como direitos fundamentais, investem os jurisdicionados em posições jurídicas que se distribuem por três grupos diferentes:

A – “geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção”. O dever correspectivo do direito é uma omissão do estado, como por exemplo o direito de greve;

B – ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, exigindo uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse, como por exemplo os direitos à proteção da saúde (art. 196), previdência social (art. 6º e 201), a aposentadoria da mulher após trinta anos de trabalho ( art. 202, II).

C – contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, como por exemplo a constante do art. 7º, XI e o art. 7º, XXVII. Nessa hipótese é tormentosa (para usar expressão do autor) a obtenção efetiva do bem jurídico tutelado e falta de regra operadora paralisa a operatividade do comando normativo maior. A Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos; concede-os ela própria. Ao órgão legislativo cabe, tão somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os. Faltando a esse dever, dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão, disfunção para a qual a doutrina e o direito positivo vem buscando soluções eficazes

## **5.5 POSIÇÃO DE J J GOMES CANOTILHO**

A eficácia jurídica imediata que hoje se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a idéia de *lei apenas no âmbito dos direitos*



*fundamentais* (destacamos).

Com tal assertiva o autor procura destacar a o dever de observância estrita, por parte dos legisladores, administradores e do judiciário, dos direitos fundamentais consagrados na constituição Federal e indicar que fora deles não há que se falar em Estado Democrático de Direito.

Demonstra que o problema das relações da lei e dos direitos fundamentais reduzem-se a dois esquemas nucleares:

1 – Direitos de liberdade = direitos de defesa – pretensão a omissão dos poderes públicos;

2 – Direitos sociais, econômicos, culturais = direitos a prestações – pretensão a uma ação legislativa ( ou de outros poderes públicos).

O Constitucionalista português reconhecendo o caráter vinculativo da norma programática distancia-se do entendimento de que tais normas poderiam agasalhar direitos fundamentais, demonstrando essa objeção em especial aos direitos da ordem econômica e social. E qual a razão da escolha de tais direitos? É que muitas vezes tais direitos pressupõem prestações por parte do Estado.

Salienta a argumentação a favor da tese dos direitos fundamentais (sociais e econômicos) como simples direitos legais assenta-se, fundamentalmente, no seguinte:

1 – As diretivas, normas ou programas constitucionais que reconhecem, directa ou indirectamente, direitos a prestações, não alicerçam qualquer pretensão subjetiva, judicialmente accionável (direito subjectivo público);

2 – Só quando o legislador concretiza essas directivas fundamentando poderes jurídicos subjetivos, é que se pode falar de direitos subjetivos;

Logo, os direitos subjetivos só existem no âmbito da Lei ordinária.

Negando a correção de tal silogismo, quer pelas premissas, quer pela conclusão, apresenta a seguinte contestação:

Quanto a (1): os direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e culturais, são independentes, quanto à sua irredutível dimensão subjetiva, das imposições constitucionais e da concretização legislativa;

Quanto a (2): os direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e culturais, mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações (fundados na constituição) e não direitos a prestações derivados da lei.

Quanto a (3): os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados (embora não judicialmente) contra omissões inconstitucionais do legislador.



O professor português chega a afirmar em relação à ruptura com a doutrina clássica, a “morte” das normas constitucionais programáticas.

## **6 PERSPECTIVAS DE AMPLIAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO NO PAÍS ANTE A EFICÁCIA PLENA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, já demonstra a impossibilidade de incluir normas que instituem os direitos fundamentais, em seus aspectos de liberdade, igualdade e os econômicos, sociais e culturais, como normas programáticas.

Enquanto os direitos de defesa não costuma ter sua eficácia plena e imediata aplicabilidade questionadas, os direitos sociais prestacionais necessitam da concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.

Mas não podemos perder de vista a distinção de normas que são regras, das que são princípios, estando nessas últimas as de direitos fundamentais, como observa Guerra Filho citando Eros Roberto Grau (2001;45). E destaca:

As regras trazem a descrição de estados-de-coisas formados por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos a que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são determinações de otimização, na expressão de Alexy (1985, p.75 e s.), que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente (Idem, p.45).

Aqui podemos estabelecer outra questão. A possibilidade de - a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa - reconhecer-se um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípua do direito fundamental consagrado pela Constituição.

O Professor Willis Santiago Guerra Filho, deixa o ensinamento de que, tratando-se da questão da eficácia da norma de direito fundamental, não se aplicariam as classificações



usualmente apresentadas em manuais de direito constitucional.

Salienta a eficácia absoluta dos direitos fundamentais e que essa eficácia está em completa contradição com a norma constitucional programática. Acrescentando, textualmente, que,

não se coaduna com a natureza da norma de direito fundamental a sua inclusão no rol das “normas programáticas”, para o qual tendem a ser relegados os “direitos sociais, econômicos e culturais”, bem mais vulneráveis que os clássicos “direitos de liberdade”, por, ao contrário desses, não dependerem de uma *abstenção*, e sim, de uma *prestação* do Estado( GUERRA FILHO, 2001, P.50 E 51).

Reconhecendo a pertinência do ensinamento do Professor da PUC-SP, acrescentaríamos, ainda, o pensamento de ALEXY no qual procura distinguir os direitos a prestações em explícito e implícito, salientando que alguns autores utilizam a nomenclatura de direito sociais fundamentais para os primeiros e direitos fundamentais a prestações para os segundos, que resultam do trabalho interpretativo.

Ressalta a questão se os direitos fundamentais podem estar contidos em normas que prevêm direitos sociais, discussão que tem recebido grande contribuição do Tribunal Federal Constitucional.

Da análise da concepção minimalista e maximalista ressalta que a complexidade dos direitos fundamentais ditos sociais não podem ser tratados como se fosse tudo ou nada, sendo necessário introduzir diferenciações (2001, p. 486)

É necessário ressaltar, com MÜLLER que,

os direitos fundamentais estão especialmente reforçados nos seus âmbitos de normas. Em virtude da sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias (2000, p. 78).

Mas é necessário fazer a devida aferição do afirmado até aqui.

Importante é ter sempre em mente que mesmo uma Constituição do Estado Social não pode negligenciar o patamar de desenvolvimento social, político, econômico e cultural da comunidade, sob pena de comprometer seriamente sua força normativa e suas possibilidades de alcançar uma plena efetividade (J. -P. Muller, *in Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, p. 52, Apud SALERT; 2003, p.339).

Seria a hipótese de voltarmos a questionar a existência de um direito sem uma ação que lhe assegure? ALEXY responde a tal pergunta afirmando que,

*sin embargo, que los problemas de justiciaabilidad que surgen en el marco de este modelo no se diferencian básicamente de los que se presentan en os derechos*



*fundamentales tradicionales". E acrecienta: "la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable (2001, p. 496).*

Em conclusão deixa consignado que, “*aquí será mencionado sólo Hesse, quien habla de una obligación positiva del estado "a hacer todo para realizar los derechos fundamentales, aun cuando no exista al respecto ningún derecho subjetivo de los ciudadanos" (p. 499).*

Uma última questão, ainda necessita ser enfrentada o da relevância econômica dos direitos sociais e o limite da “reserva do possível”.

Essa é, na verdade, mais uma objeção à implementação dos direitos fundamentais que exijam prestações positivas por parte do Estado. O alto custo da implementação de tais direitos afetaria outros aspectos da vida em sociedade. Qual a melhor maneira de implementar tais direitos diante dessa dificuldade? Poderia o Judiciário impor o cumprimento direto da norma que prevê direito fundamental que implique em aumento de gastos orçamentários? Não haveria nesse caso clara invasão do espaço político do legislativo e executivo?

Sobre tal tema, chama-nos a atenção SARLET, ao afirmar, que se procura caracterizar que nos direitos sociais o seu custo assume especial relevo na sua implementação, na efetiva realização das prestações reclamadas, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, “já que está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas” (2003, p.275).

Recorrendo mais uma vez a ALEXY, o qual deixa o ensinamento de que,

*también los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera (2001, p. 495).*

Acrescenta, ainda, que “*todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos*” (p. 495).

Em relação ao argumento de que em tempos de crise a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a necessária flexibilidade econômica, Alexy, mais uma vez, pondera que em tais circunstâncias uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera





social, por menor que seja, se revela indispensável (p. 496).

O Jusfilósofo alemão deixa claro a necessidade de ponderar valores e bens, já que a colisão com princípios de defesa e outros princípios constitucionais se relevam incontornáveis.

No Brasil, é possível encontrarmos nas decisões do Supremo Tribunal Federal um rastro de tal pensamento, conforme a leitura do acórdão RE 271286 AgR / RS, da lavra do Ministro Celso de Mello, no qual é determinado o fornecimento gratuito de medicamento, pois o direito à saúde é indissociável do direito à vida<sup>12</sup>.

E aqui retornamos com Alexy para deixar a sua afirmação de que *“la clave es la teoría de los principios . De acuerdo con el modelo, el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto. Este es el caso de los derechos*

---

12

**RE 271286 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL  
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

**Relator(a): Min. CELSO DE MELLO**

**Publicação: DJ DATA-24-11-00 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409**

**Julgamento: 12/09/2000 - Segunda Turma**

Ementa

**E M E N T A:** PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.





*mínimos*”(Idem, p. 499).

## CONCLUSÃO

Vê-se que o “custo dos direitos” é indissociável da chamada “reserva do possível”, a qual não pode ser usada para a não implementação dos direitos fundamentais sociais, mas que os têm levado a uma crise constante, em todas as dimensões, pela cada vez maior escassez de recursos para a implementação de políticas sociais. Deve-se buscar, portanto, uma postura responsável sobre a destinação de tais recursos, buscando o aprimoramento e ampliação dos instrumentos de gestão democrática e participativa do orçamento público. Como alerta SARLET, além de tais medidas, é necessária uma,

*crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social (grifo do original, p. 340).*

É com o reconhecimento efetivo das normas que positivam os direitos fundamentais, inclusive os sociais, econômicos e culturais, que se pode ver ampliado o Estado Democrático de Direito quando atinge a finalidade que é imposta a esse, como um dos seus valores.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2002

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Almedina.

\_\_\_\_\_. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra editora. 1994.



DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed., Celso Bastos Editor. 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991.

\_\_\_\_\_. **Significados de Los Derechos fundamentales, in BENDA et ali, Manual de Derecho Constitucional**. S.L. Instituto Vasco de Administración Pública Marcial, Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1996.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. tradução da 20ª Edição de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998.

MULLER, Friedrich. **Direito Linguagem Violência – Elementos de uma teoria constitucional, I**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1995.

\_\_\_\_\_. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. Tradução Peter Naumann. Max Limonad. 2000.

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2001.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense. 1974. t. I.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003.



---

## O ENFOQUE DISCURSIVO DA VISÃO GENEALÓGICA DE FOUCAULT EM VIGIAR E PUNIR

Eliane Ferreira de Sousa<sup>1</sup>

O objetivo deste trabalho é mostrar a visão de um dos maiores pensadores do século XX acerca do sistema prisional e das relações de poder a ele intrínsecas. Para tanto, busca-se na pesquisa uma análise à luz do enfoque funcional da linguagem de Halliday (1973), das funções propostas por Fairclough (2001, 2003), do conceito de ideologia proposto por Thompson (1995), a teoria do contexto de van Dijk (1999, 2001), da concepção de gênero de Bakhtin (1992), entre outros, como uma ponte entre o discurso arqueológico-genealógico-histórico de Foucault e a contemporaneidade.

Em face disso, procura-se demonstrar que a obra de Foucault representa uma contribuição para a noção exata de sujeito social, a visão de sujeito como constituído, reproduzido e transformado, por meio da prática social, como também a visão de sujeito fragmentado ou, em termos de Foucault, “dispersado”. A análise da obra *Vigiar e Punir*, como gênero textual histórico-documental, traz a exata noção dessa visão, quando do tratamento dado aos sujeitos em face dos processos históricos e das relações de poder.

Para uma análise mais acurada do pensamento de Foucault, com vistas a revelar a sua contemporaneidade, pontos importantes são trazidos ao debate. Primeiramente, sob o prisma da teoria foucaultiana, cuja preocupação inicial visa esclarecer conceitos pilares, como a arqueologia e a genealogia, a microfísica do poder, entre outros. Sob o prisma do discurso jurídico, o enfoque constitucional atual da punição, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, na teoria garantista e, por fim, no discurso e realidade do sistema penal atual.

A metodologia empregada consiste na análise e na aplicação à obra *Vigiar e Punir* de Foucault, de conceitos teóricos e metodológicos retirados da obra de autores como Fairclough, Halliday, Bakhtin, van Dijk, Althusser, Marx, entre outros, cujas idéias estão

---

<sup>1</sup> Doutora em Linguística pela Universidade de Brasília (2008). Mestre em Linguística pela Universidade de Brasília (2000). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2009). Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2006). Licenciada em Letras pela Universidade de Brasília (1993). É Analista em Ciência e Tecnologia da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Atua como consultora nas áreas jurídica e linguística.



conexas com o pensamento foucaultiano, principalmente, no que tange aos aspectos lingüísticos, textuais e discursivos.

## **1 O PENSADOR MICHEL FOUCAULT**

Michel Foucault nasceu em Poitiers (França). Estudou filosofia e psicologia na École Normale Supérieure de Paris. Na década de 60 ficou à frente do Departamento de Filosofia das universidades de Clermont-Ferrand e Vincennes. Em 1970 foi eleito para o Collège de France, com o título de professor de História dos Sistemas de Pensamento, o que lhe possibilitou enorme prestígio internacional.

Foucault foi o principal representante do estruturalismo. Toda a sua obra constitui um exaustivo trabalho de arqueologia do saber ocidental, que põe em evidência as estruturas conceituais que determinam as articulações entre o saber e o poder, de modo a estabelecer o que é interdito e o que é permitido.

É fato que o pensamento de Foucault explorou os modelos de poder nas várias sociedades e a forma pela qual este se relaciona com as pessoas. Em sua obra prima, *Microfísica do Poder*, a medicina, a psiquiatria, a justiça, a geografia, o corpo, a sexualidade, o papel dos intelectuais, o Estado, são analisados por Foucault em vários artigos, entrevistas e conferências. Todos os textos têm como tema central a questão do poder nas sociedades capitalistas: sua natureza, seu exercício em instituições, sua relação com a produção da verdade e as resistências que suscita.

A sua obra pode ser dividida em três fases fundamentais:

- a) *Estudos sobre a loucura*. Quando foi leitor na Universidade de Uppsala (Suécia) dedicou-se ao estudo sobre a loucura no mundo ocidental. Obra fundamental: Loucura e Civilização (1960);
- b) *Estudos sobre a rede conceitual de uma dada época*. Obra fundamental: As palavras e as Coisas (1966);
- c) *Estudo sobre o poder, prisões e sexualidade*. Obra fundamental: História da Sexualidade (1976, 1984).

Foucault foi um estudioso da genealogia da ética ocidental. Foi um pensador que não buscou seu fundamento nos códigos, nem na pretensa lei universal da sua evolução. Um filósofo apesar de si. Dessa forma, a sua obra não se desenvolveu como uma teoria ou um



sistema, esteve direcionada por periódicas tentativas de reelaboração no que se tratava de “pensar de outro modo o que já se pensava e de perceber o que se tem feito de uma perspectiva diferente e sob uma luz mais clara”.

Essa relação entre pensamento e modo de ser ocupava o centro de seu estudo sobre o tema antropológico na filosofia crítica de Kant. Foi igualmente essa a questão que orientou sua tentativa de analisar a penalidade, ao partir das novas técnicas de “governo” dos indivíduos, técnicas que fizeram da criminalidade tanto um objeto de saber como um modo de ser. Foucault se perguntava se o exercício de poder efetivo não se ocultava sob a ordem jurídica tradicional. Tratou de analisar a constituição histórica e material dos sujeitos. No lugar de conceber o sujeito partindo de sua condição política, ele tratou de pôr no quadro de juízos essa condição e encarar a “produção” do ser, até dos indivíduos.

A filosofia de Foucault versa sobre o que se pode pensar e o que se pode mudar no que se pensa. O nexos entre o possível e o pensável se remonta a Kant. Foucault quis introduzir o acontecimento ou o sucesso da filosofia crítica e arriscar uma história crítica do pensamento. Pois se a experiência é possível pelas categorias e se as categorias mudam, logo, as possibilidades mudam, igualmente.

## **2 O DISCURSO ARQUEOLÓGICO: A FORÇA DOS ENUNCIADOS**

O conceito de descontinuidade, “conceito operatório”, é, em *A arqueologia do saber*, desenvolvido de maneira incisiva. Com a história das ciências, mais precisamente com Martial Gueroult, Gaston Bachelard e, principalmente, como mostra Roberto Machado, Georges Canguilhem, acontece uma mutação nas disciplinas históricas quando o descontínuo passa de obstáculo à prática: é tanto objeto quanto instrumento da análise histórica. Mais do que isso, uma nova forma de história vem a ser praticada em contrapartida à história tradicional e sua ampliação da periodização histórica que isola, na forma de longas-durações, grandes continuidades. Desse modo, “o problema não é mais a tradição e o rastro, mas o recorte e o limite; não é mais o fundamento que se perpetua, e sim as transformações que valem como fundação e renovação dos fundamentos”.

A tradição seria, aos olhos de Foucault, o que permite formar, a partir de fenômenos dispersos, um conjunto homogêneo de acontecimentos que, seguindo seu rastro, conduziria a pesquisa até o ponto originário daqueles fenômenos. Nos seus próprios dizeres, a tradição



“autoriza reduzir a diferença característica de qualquer começo, para retroceder, sem interrupção, na atribuição indefinida da origem; graças a ela, as novidades podem ser isoladas sobre um fundo de permanência, e seu mérito transferido para a originalidade, o gênio, a decisão própria dos indivíduos”.

Percebe-se com isso a recorrência à diferenciação entre começo e origem. Para a arqueologia do saber os fenômenos simplesmente começam em pontos históricos particulares, não se originam em algum lugar que seria como o lugar próprio da sua verdade: um espírito de época, uma mentalidade coletiva ou uma consciência individual; numa única palavra, um sujeito. O tempo é uma sucessão de descontinuidades, de começos nos já-começados; não é o devir de um pensamento ou de uma razão que, desde a sua origem, se arrasta na evolução lenta e contínua do seu progresso.

Mas não é simplesmente o nível das temporalidades que distingue essa nova história, da qual a arqueologia do saber vai, ao mesmo tempo em que se afasta, retirar os pressupostos teóricos que a fundamentam. Problema-chave para a historiografia é a noção de documento. Mais do que a matéria onde estaria impressa alguma verdade do passado, a qual, por meio de uma interpretação, seria cabível ao historiador apreender, o documento assume as vezes de uma função: cabe ao historiador trabalhá-lo, organizá-lo, recortá-lo e estabelecer as relações da qual faz parte.

A historiografia com isso se transforma: “o documento não é o feliz instrumento de uma história que seria em si mesma, e de pleno direito, *memória*; a história é, para uma sociedade, uma certa maneira de dar *status* e elaboração à massa documental de que ela não se separa”. Ou seja, é somente por meio de uma atividade historiadora que os documentos, mais do que a mera expressão de uma memória coletiva, vêm a possuir um certo sentido histórico. Esse sentido não lhes é intrínseco, mas construído teoricamente: da mesma maneira como as sociedades do passado construíam monumentos como documentos de sua própria memória, a historiografia transforma os documentos do passado em monumentos da história, ou, mais precisamente, monumentos de histórias (dependendo de quem é a história que se conta). É esse, então, o *status* dado pela arqueologia aos documentos históricos: construções teóricas.

E quais seriam os documentos-monumentos construídos pela arqueologia do saber? O discurso é constituído como objeto principal de análise, mas de uma forma muito particular. Aqui, os discursos, ou antes, as formações discursivas, são encaradas como campo de relação entre enunciados. Os enunciados, por sua vez, são as unidades elementares dos discursos.



Assim, existem enunciados sobre a loucura que formam o discurso da psiquiatria, por exemplo. Entretanto, não é apenas o objeto enunciado que forma essa unidade discursiva: para pertencer àquele discurso, os enunciados devem, não só enunciar a loucura, mas a enunciação deve respeitar modalidades particulares, deve ser estabelecida segundo conceitos convergentes e obedecer a estratégias enunciativas semelhantes, ou seja, o gênero a que pertence. Nesse sentido, embora de forma contínua aconteçam enunciados sobre a loucura, as regras de formação dos discursos se modificam com o tempo; são, pois, descontínuas. Isso porque o gênero muda no tempo e no espaço (Bakhtin, 1992).

É por tomar como documento fundamental os enunciados para, por meio deles, perceber as diferenças entre os discursos no tempo, que a arqueologia do saber opera. E de que forma se dá esse estudo das descontinuidades discursivas? Ele incide, em essência, sobre os *arquivos*, na definição particular que Foucault, esse novo arquivista, lhes dá: o domínio das coisas ditas. Tal estudo não pretende, à semelhança da história do pensamento, interpretar os enunciados: não se trata de desvendar sentidos ocultos no que está aparente, encontrar não-ditos no que está dito. Essa interpretação, invariavelmente, remeteria a idéia de um sujeito onde residiria a verdade do enunciado. Não é o caso da arqueologia, esta é uma análise: “interpretar é uma maneira de reagir à pobreza enunciativa e de compensá-la pela multiplicação do sentido; uma maneira de falar a partir dela e apesar dela. Mas analisar uma formação discursiva é procurar a lei de sua pobreza, é medi-la e determinar-lhe a forma específica”.

A arqueologia, então, se distingue da história das idéias tradicional em inúmeros pontos. Na análise dos enunciados como fontes, ela não busca práticas manifestas por meio dos discursos, ela não os interpreta, mas toma-os, eles mesmos, enquanto práticas possíveis segundo regras historicamente definidas (as leis de sua pobreza); ela não atribui causalidades entre dois discursos sucessivos, mas, no repentino da ruptura, torna evidente as diferenças que os apartam; ela não tem como pressuposto teórico a noção de sujeito como fundamento dos enunciados, mas, por meio destes, quer definir o lugar específico que um sujeito pode se colocar para enunciar-los; ela não procura as origens remotas dos discursos, não estabelece relações entre o enunciado e seu autor, mas pretende delimitar as condições que os possibilitaram acontecer.

A descontinuidade arqueológica não é, finalmente, a negação do problema do sujeito e, como se fosse sua conseqüência, a recusa da história. Ela é, por sua vez, o questionamento





mesmo de uma história do sujeito, quer ela seja denominada progresso, quer ele seja definido enquanto razão. Ao deixar em suspenso esta categoria tão familiar à história tradicional, Foucault demonstra que, antes de um fundamento dos discursos, o sujeito é apenas uma posição ocupada por aquele que enuncia algo; é, por conseguinte, uma função do discurso. Do mesmo modo, ao rejeitar a linearidade das mudanças históricas, ele evidencia as transformações discursivas que possibilitam novas regras de enunciação. Em poucas palavras, esta arqueologia mostra que as condições de possibilidade de uma determinada história, apreendida no nível das transformações discursivas, não dependem de um sujeito: “longe de mim negar a possibilidade de mudar o discurso: tirei dele o direito exclusivo e instantâneo à soberania do sujeito”.

### **3 O DISCURSO GENEALÓGICO: A NOÇÃO DE SUJEITO**

Para além dos estudos de casos, dos simples indícios e da análise morfológica, a genealogia amplia sua escala, o que permite entrever outras relações. *Vigiar e punir*, livro preferido por muitos historiadores e objeto de análise do presente trabalho, pretende-se uma história e uma genealogia, tem o duplo objetivo de correlacionar a alma moderna com o poder de julgar e investigar os fundamentos desse poder, o lugar e as condições de seu nascimento. Em uma única e polêmica expressão, trata-se de uma “história do presente”.

A genealogia é uma forma de crítica marcada por sua pontualidade, por seu caráter local, temporal ou espacialmente: “chamemos, se quiserem, de ‘genealogia’ o acoplamento dos conhecimentos eruditos e das memórias locais, acoplamento que permite a constituição de um saber histórico das lutas e a utilização desse saber nas táticas atuais”. É uma prática declaradamente voltada para o lugar em que é praticada, para o presente do genealogista, amparada em três bases distintas de crítica: a histórica, a teórica e a política.

Daí a genealogia voltar-se como uma prática cotidiana das lutas habituais, constituir-se quase como um discurso-arma, instrumento de batalha. Mas ela não pode ser resumida a isso. A genealogia, enquanto prática historiográfica, obstina uma experiência histórica, uma posição, não só para ser ocupada, mas para transformar e ser transformada, um papel para o genealogista. Assim como a arqueologia, será mantida no rol dos fundamentos admitidos por Foucault, até o final de sua vida, a palavra genealogia ainda será parte de seu repertório, mas seguida de uma preocupação com o sujeito, até então apreendido indiretamente em suas



análises, como algo a ser elidido para perceber seu lugar, como acontecimento condicionado por fatores que lhe são alheios.

#### **4 DA ARQUEOLOGIA À GENEALOGIA: O PODER NO CENTRO DA PRÁTICA DISCURSIVA E DA PRÁTICA SOCIAL**

Em linhas gerais, segundo o pensamento de Foucault (2002), a dominação capitalista não conseguiria se manter, se fosse exclusivamente baseada na repressão. O alvo do poder sempre foi o corpo, com o fim de aprimorá-lo, adestrá-lo: “A ação sobre o corpo, o adestramento do gesto, a regulação do comportamento, a normalização do prazer, a interpretação do discurso, com o objetivo de separar, comparar, distribuir, avaliar, hierarquizar (...)”.

O indivíduo é um efeito do poder. O poder disciplinar, descrito por Foucault, quando de sua genealogia das prisões, não destrói o indivíduo, ao contrário, ele o fabrica. Na mesma perspectiva, o saber funciona na sociedade dotado de poder, ou seja, não está sujeito ao poder, mas o fomenta.

Em entrevista sobre o sistema prisional, Foucault, ao ser perguntado sobre a determinação, na história da repressão, de um momento central em que houve a passagem da punição à vigilância, respondeu que o momento em apreço foi, segundo a economia do poder, quando se percebeu ser mais eficaz e mais rentável vigiar que punir.

O ápice da descrição do poder em Foucault, especificamente na obra *Vigiar e Punir*, dá-se com a criação da metáfora do panoptismo, descrita como “o olho do poder”. No panoptismo o que está em jogo é a descrição de instituições em termos de arquitetura, de figuras espaciais dentro de uma “geopolítica imaginária”.

Desde 1820, pelos estudos foucaultianos, constata-se que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade, pois a delinquência é útil aos domínios econômico e político. Em síntese, a prisão equivaleria a uma espécie de profissionalização.

A análise de Foucault centrada na genealogia, como uma anti-ciência, representa um empreendimento para libertar da sujeição os saberes históricos, isto é, torná-los capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico, unitário, formal e científico.



A vontade de saber marca um ponto de inquietação que leva a um deslocamento teórico: Foucault passa da teoria arqueológica para a genealógica. É o momento em que uma “genealogia do sujeito moderno” é pretendida, possível graças a uma nova forma de prática historiográfica.

Em síntese, sob o enfoque arqueológico, “a ‘Verdade’ deve ser compreendida como um sistema de procedimentos ordenados para a produção, regulação, distribuição, circulação e operação de enunciações”. Para a genealogia, “a ‘Verdade’ está vinculada a uma relação circular de sistemas de poder que a produzem e sustentam, e para os efeitos de poder os quais ela induz e os quais a estendem. Um ‘regime’ de verdade”.

Pela mudança do enfoque teórico, foi possível visualizar mais acentuadamente o poder implícito nas práticas sociais cotidianas, as quais são distribuídas em cada nível de todos os domínios da vida social, dentro das quais são constantemente engajadas. Essa concepção de poder sugere que o discurso e a linguagem são de importância central no processo social da moderna sociedade. Assim, analisar instituições e organizações em termos de poder significa entender e analisar suas práticas discursivas.

Nessa nova visão, o discurso é não apenas o que transfere lutas ou sistemas de dominação, mas é a coisa para a qual e pela qual a luta existe. Discurso é o poder a ser tomado.

## **5 A VISÃO GENEALÓGICA DE FOUCAULT EM *VIGIAR E PUNIR*: ASPECTOS LINGÜÍSTICOS, TEXTUAIS E DISCURSIVOS**

*Vigiar e Punir* mostra de forma figurativa a realidade das prisões ao longo dos séculos e os tipos de penas aplicadas. Foucault prima por “chocar” o leitor, pois descreve de forma objetiva, mas ao mesmo tempo mórbida, a forma como os culpados por crimes eram punidos nos quatro últimos séculos.

A leitura inicial da obra faz-nos pensar: Se as leis são, em muitos casos, reflexos da sociedade, como explicar que os suplícios (punição legal) fossem tão cruéis e repulsivos? As explicações fazem parte, sem dúvida, do valor atribuído pela sociedade ao tratar o suplício penal não como uma punição corporal, mas como uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: “O



corpo várias vezes supliciado síntese a realidade dos fatos e a verdade da informação, dos atos de processo e do discurso do criminoso, do crime e da punição” (2002: 41).

O corpo supliciado é a confissão do próprio réu. E o pior de tudo: “É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante” (2002: 42). Portanto, essa imagem estava vinculada àquilo que de fato a sociedade queria ver. O crime era, antes de tudo, uma lesão à figura do rei, do soberano. Para Foucault, o suplício não restabelecia a justiça, mas reativava o poder. A melhor forma de fazê-lo seria, pois, acender a chama do medo no seio da sociedade. A imagem do corpo supliciado era a responsável por fazer transbordar esse medo e, conseqüentemente, sustentar o poder. Foucault consegue fazer com que seus contemporâneos vivenciem as mesmas cenas de terror ao descrevê-las:

O confessor fala com o paciente ao ouvido, e depois que lhe dá a benção, imediatamente o executor, com uma maça de ferro, das que são usadas nos matadouros, descarrega um golpe com toda força na têmpora do infeliz, que cai morto: no mesmo instante, o mortis exactor lhe corta o pescoço com uma grande faca, banhando-se de sangue: num espetáculo horrível para os olhos; corta-lhe os nervos até os calcanhares, e em seguida abre-lhe o ventre de onde tira o coração, o fígado, o baço, os pulmões, pendurando-os num gancho de ferro, e o corta e disseca em pedaços que põe em outros ganchos à medida que vai cortando, assim como se faz com os de um animal. Quem puder que olhe uma coisa dessas (2002: 44).

É interessante observar que os suplícios tinham um valor singular para o povo, pois ele era o personagem principal da encenação. Eram, na verdade, alimentados pela presença do povo que lhes dava vida. Não sabia, porém, esse povo que era manipulado. A sua importância residia, no fundo, na vontade do soberano em solidificar o medo. É o que numa concepção moderna Althusser (1974) preconiza ao afirmar que, para manter sua dominação, a classe dominante gera mecanismos de perpetuação ou de reprodução das condições materiais, ideológicas e políticas de exploração. Para ele, é aí que entra o papel do Estado que, por meio de seus Aparelhos Repressores – ARE (compreendendo o Governo, a administração, o Exército, a polícia, os tribunais, as prisões etc.) e Aparelhos Ideológicos – AIE (compreendendo instituições tais como: a religião, a escola, a família, o direito, a política, o sindicato, a cultura, a informação), intervém ou pela repressão ou pela ideologia, tentando forçar a classe dominada a submeter-se às relações e condições de exploração. Nas diferenças que Althusser estabelece entre os ARE e os AIE é que estaria sua forma de funcionamento: enquanto os primeiros,

funcionam de uma maneira massivamente prevalente pela repressão (inclusive física), embora funcione secundariamente pela ideologia”; inversamente, os segundos “funcionam de um modo massivamente prevalente pela ideologia,



embora secundariamente pela repressão, mesmo que no limite, mas apenas no limite, esta seja bastante atenuada, dissimilada ou até simbólica (1974: 47).

Já no fim do século XVIII, a sociedade já não apresentava a mesma disposição para os suplícios. Começavam a surgir as primeiras manifestações populares e os discursos eram em prol dos supliciados. Conseqüentemente, já no século XIX, começou a surgir uma nova ética do poder de punir. Até este momento, a concepção de punir ainda estava vinculada à idéia de poder sobre o corpo. Essa concepção, aliás, só passa a ser repensada mais adiante com a idéia de que “à expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições” (2002: 18). Daí, conclui-se que se o objeto da pena deixa de ser o corpo e passa a ser a alma, automaticamente, a concepção da pena passa a tomar novo rumo, ou seja, outros elementos são inseridos na sua análise. Elementos tais que dão um tratamento mais científico ao contexto da punição: conhecimento da infração, conhecimento do responsável, conhecimento da lei.

O tempo de mudança de um sistema legal pode ser longo, mas os efeitos decorrentes dessa mudança são rápidos e impactantes. De certo foi o que Foucault quis acentuar inicialmente em sua obra, ao opor dois sistemas de punição, um severo e um brando: pode ser curta a distância entre as leis penais. O autor privilegia o leitor com um texto redigido por Léon Faucher que mostra já uma prévia mudança na ótica da punição. O texto, na forma de um regulamento, contém uma série de obrigações a serem seguidas por detentos. Para a época, representava uma primeira tentativa de “normatizar” (economia do castigo) a vida de presos condenados por crimes na França, por meio de horários, distribuição do tempo, movimentos obrigatórios, atividades regulares, meditação solitária, trabalho em comum, silêncio, aplicação, respeito, bons hábitos.

Veja-se um exemplo dessa disciplina aplicada ao modelo de prisão:

(...)

“Art. 22 – Escola. Às dez e quarenta, ao rufar do tambor, formam-se as filas, e todos entram na escola por divisões. A aula dura duas horas, empregadas alternativamente na leitura, no desenho linear e no cálculo” (2002: 11).

(...)

A toda essa mudança, Foucault ressalta a questão da negação teórica: “(...) o essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, ‘curar’; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores” (2002: 13). O que se observa é uma mudança, um “aprimoramento” na forma de punir: passa-se do castigo físico,



propriamente dito, para a penalidade ‘incorpórea’, ou seja, suspensão de direitos em um sistema de privação, coação, obrigações e interdições. Segundo Mirabete (2003), esta fase representa o denominado Período Humanitário do Direito Penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal do século XVIII. Para ele, é nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é.

Um exemplo extremamente significativo dessa humanização foi a maneira como a questão da loucura evoluiu na prática penal. Segundo Foucault, passou-se, por exemplo, a introduzir as circunstâncias atenuantes; permitia-se modular a sentença segundo os graus supostos de uma doença ou as formas de uma semiloucura. Sob esse prisma, o primado autor põe na berlinda o funcionamento do sistema penal: o juiz, que deveria julgar, sofre influências que interferem na sua convicção. E ainda mais: “E a sentença que condena ou absolve não é simplesmente um julgamento de culpa, uma decisão legal que sanciona; ela implica uma apreciação de normalidades e uma prescrição técnica para uma normalização possível” (2002: 21-22).

Aqui, finalmente, chega-se ao ponto fulcral dos objetivos de Foucault: tentar estudar a metamorfose dos métodos punitivos a partir de uma tecnologia política do corpo onde se poderia ler uma história comum das relações de poder e das relações de objeto. Na sua análise, “(...) pode haver um ‘saber’ do corpo que não é exatamente a ciência de seu funcionamento, e um controle de suas forças que é mais que a capacidade de vencê-las: esse saber e esse controle constituem o que poderia chamar a tecnologia política do corpo” (2002: 26). De onde se originam esse *saber* e esse *controle*? Quem detém essa tecnologia?

Tais indagações parecem fragmentadas, distantes dos discursos possíveis nos seus meios de produção. Mas, se analisada sob a ótica da posição assimétrica ocupada pelos participantes, dominantes e dominados, fica clara. É o fenômeno que Thompson (1995) chama de legitimação, cujos fundamentos racionais fazem apelo à legalidade de regras dadas. E uma das estratégias da legitimação é a racionalização, que procura fazer com que o produtor de uma forma simbólica construa uma cadeia de raciocínio que procura defender, ou justificar, um conjunto de relações ou instituições sociais, e com isso persuadir uma audiência de que isso seja digno de apoio.

Esse aspecto, aliás, é perfeitamente visível em Foucault quando se refere ao indivíduo como o átomo fictício de uma representação “ideológica” da sociedade; mas também uma





realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder: a “disciplina”, conforme se verá adiante. Ele vai ainda mais fundo: “Quanto mais o homem é detentor de poder ou de privilégio, tanto mais é marcado como indivíduo, por rituais, discursos, ou representações plásticas” (2002: 160). Os indivíduos, eram, portanto, um projeto das instituições sociais, desconstituído de identidade própria.

A “tecnologia política do corpo”, em uma perspectiva científica, seria, portanto, o método encontrado pela classe dominante de sustentar a sua ideologia sobre a classe dominada. Em outras palavras, esse método faz com que haja uma desvinculação do objeto do seu verdadeiro sentido. O *corpo* não é mais visto do ponto de vista físico, daí o abandono gradual das penas como um mero castigo do corpo para as penas como um castigo da alma: “(...) que seja o espírito ou antes um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente mas com necessidade e evidência no espírito de todos” (2002: 84). O repensar da concepção do objeto do castigo – o corpo – contribui para a sua desconstituição, que se projeta em uma nova formação discursiva: “A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo” (2002: 36)

Ao tratar das formações discursivas e da formação do objeto, Foucault (2000) exemplifica como os discursos veiculam-se a determinadas situações, ora se constituindo, ora se desconstituindo. Na sua análise, tomando novamente como parâmetro a questão da loucura, bastante estudada para a tipificação dos crimes, a doença mental foi constituída pelo conjunto do que foi dito no grupo de todos os enunciados que a nomeavam, recortavam, descreviam, explicavam, contavam seus desenvolvimentos, indicavam suas diversas correlações, julgavam-na e, eventualmente, emprestavam-lhe a palavra, articulando, em seu nome, discursos que deviam passar por seus. Mas há ainda: esse conjunto de enunciados está longe de se relacionar com um único objeto, formado de maneira definitiva, e de conservá-lo indefinidamente como seu horizonte de idealidade inesgotável; o objeto que colocado, como seu correlato, pelos enunciados médicos dos séculos XVII ou XVIII, não é idêntico ao objeto que se delineia por meio das sentenças jurídicas ou das medidas policiais. Portanto, não se trata das mesmas doenças, não se trata dos mesmos loucos.

No século XVIII, a punição tornou-se o cerne da justiça penal. A humanização do castigo veio, paralelamente, com todas as mudanças sociais da época: a jurisprudência criminal, a pressão demográfica, a demanda de mão-de-obra, as formas de assistência, o status e as condições jurídicas do internamento. Uma nova prática discursiva se revelou e conseguiu



estabelecer entre estes elementos um mesmo conjunto de relações, mesmo que o sistema conservasse os caracteres de sua individualidade.

Um exemplo ilustrativo dessa mudança foi o tratamento dado à questão da doença no que concerne ao seu tratamento do ponto jurídico, uma vez que outros objetos passaram a constituí-la: novas classes de comportamento são caracterizadas como patológicas; novas modalidades de enunciação são empregadas (notações quantitativas e cálculos estatísticos); novos conceitos são delineados (como os de degenerescência, perversidade, neurose) entre outros.

Essas entradas semânticas (novas classes de comportamento, novas modalidades de enunciação, novos conceitos) refletem o discurso como a *língua em uso*, e, conseqüentemente, novos esquemas teóricos puderam ser construídos. Desse modo, vê-se que análise do aspecto lingüístico não se faz independente dos propósitos e funções da língua na vida humana. Sob essa perspectiva, o discurso investigado por Foucault, em *Vigiar e Punir*, impõe seus próprios fenômenos, seus próprios problemas e enigmas e descobre suas próprias regularidades. É a visão de Fairclough (2001) de que a língua é uma prática social determinada por estruturas sociais.

A mesma visão está implícita em Halliday & Hasan (1985), que não aceita uma concepção isolada de signo, mas de rede de relações, é conseqüência do conceito “social” dado à língua, como a conexão entre língua e estrutura social, considerando a estrutura social como um aspecto do sistema social. Portanto, a língua é entendida na sua relação com a estrutura social.

Em continuidade ao linear lingüístico-histórico, ressalta-se que o desenvolvimento econômico, advindo da Revolução Industrial, em muito contribuiu para o progresso no sistema de punição: policiamento mais estreito da população; técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação entre outros. Segundo Foucault, toda essa reforma tinha como objetivo estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma maior distribuição dele, fazer com que não ficasse concentrado demais em alguns pontos, que fosse repartido em circuitos homogêneos. Além disso, o aumento da riqueza e o crescimento demográfico contribuíram para que o interesse de punir se deslocasse dos direitos para os bens. A mudança dos meios de produção, ou seja, a passagem para um sistema capitalista, sem dúvida, contribuiu para a mudança na tipificação dos crimes cometidos. Enfim, esse



deslocamento do objeto da punição tomou acento no século XIX, com o advento da Revolução Industrial, onde o corpo, como meio de produção, passou a ter valor de mercado.

A concepção marxista de ideologia retrata muito bem esse contexto. A ideologia, como já visto, é um instrumento de dominação de classe porque a classe dominante faz com que suas idéias passem a ser idéias de todos. Para isso eliminam-se as contradições entre força de produção, relações sociais e consciência, resultantes da divisão social do trabalho material e intelectual. Necessária à dominação de classe, a ideologia é ilusão ou mascaramento da realidade social. Marx (1965) toma isso como ponto de partida para a crítica ao sistema capitalista e o respectivo desnudamento da ideologia burguesa. A ideologia a que ele se refere é, portanto, especificamente a ideologia da classe dominante. Foucault segue a mesma linha de pensamento de Marx: “(...) À medida que se concentram as forças de produção, o importante é tirar delas o máximo de vantagens e neutralizar seus inconvenientes (...) de proteger os materiais e ferramentas e de dominar as forças de trabalho” (2002: 122).

A reforma penal do século XVIII era estratégica, representava uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir. Bem se sabe que esse poder não se perdera, mas viera investido de caráter público, deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Os seus objetivos, primariamente, foram: “fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, co-extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir” (2002: 70).

Mirabete (op. cit.) ressalta o importante papel do Marquês de Beccaria (apud), que, demonstrando a necessidade de reforma das leis penais e inspirado na concepção do Contrato Social de Rousseau, propõe novo fundamento à justiça penal, cujo fim utilitário e político deve ser sempre limitado pela lei moral. São de Beccaria os seguintes princípios inspiradores do Direito Penal Moderno (2003: 38-39):

1. Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis.
2. Só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente.
3. As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos.
4. A prisão preventiva somente se justifica diante de prova da existência do crime e de sua autoria.
5. Devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados (mortos civis).



6. Não se justificam as penas de confisco que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso.
7. Não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os juízos de Deus, que não levam à descoberta da verdade.
8. A pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinqüente.

Para Foucault, neste momento, surge a necessidade de um código que sistematizasse uma classificação paralela dos crimes e dos castigos e a necessidade de uma individualização das penas, em conformidade com as características singulares de cada criminoso. Dessa forma, o ritual judiciário estabeleceu-se com a multiplicidade dos discursos científicos, uma relação difícil e infinita, que a justiça penal hoje ainda não está apta a controlar. Ele ressalta: “A arte de punir deve portanto repousar sobre toda uma tecnologia da representação” (2002: 87). Era preciso mostrar para a sociedade que o crime não compensava. A forma escolhida para tanto lembra bem a alegoria, a exposição do pensamento de forma figurada, priorizando o uso das imagens: “Cartazes, placas, sinais, símbolos devem ser multiplicados, para que cada um possa apreender seus significados” (2002: 92).

Eis a semiologia da punição. Em *A Arqueologia do saber*, Foucault mostra que os discursos são feitos de signos; mas os que fazem é mais que utilizar esses signos para designar coisas. É esse mais que os torna irreduzíveis à língua e ao ato da fala. É esse ‘mais’ que é preciso fazer aparecer e que é preciso descrever. Há que se ressaltar o caráter ideológico do signo. A ideologia deve ser buscada não apenas nos termos onde tem sido mais facilmente percebida, mas, sobretudo, nas formas, isto é, no funcionamento significativo da linguagem que é o lugar onde se dá a sua materialidade.

Nesse sentido, pela visão funcionalista de Halliday (1994), a língua acontece como um fenômeno social, haja vista a universalidade de usos na sociedade. A língua é, pois, estudada em relação a sua função. Dessa forma, os elementos predominantes na análise são: relação entre formas e funções lingüísticas, relação entre código e uso e a investigação das formas que atuam no sentido de questões ideológicas. Dessa forma, os sistemas de punição possuíam os seus signos próprios, carregados de ideologias que buscavam, prioritariamente, manter as relações de poder na sociedade.

Ainda no final do século XVIII e início do século XIX, houve um aumento acentuado do grau de disciplina. Segundo Foucault, formou-se uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos, denominada de *panoptismo*. A disciplina era tão extremada que



fabricava corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. Além disso, o sucesso do poder disciplinar se devia ao uso de instrumentos simples como o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que era específico: o exame, que combinava as técnicas da hierarquia que vigiava e as da sanção que normalizava.

Já no início do século XIX, criou-se o instituto da prisão, que representava a “evolução” das etapas anteriores, principalmente do poder disciplinar. Segundo Foucault, a prisão, como peça essencial no conjunto das punições, marcava seu acesso à ‘humanização’: “Uma justiça que se diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, ‘pena das sociedades civilizadas’”(2002: 195).

Os princípios que há 150 anos regem esse instituto são os seguintes (2002: 224-225):

1. Princípio da correção: a detenção penal deve ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo;
2. Princípio da classificação: os detentos devem ser isolados repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação;
3. Princípio da modulação das penas: as penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou recaídas;
4. Princípio do trabalho como obrigação e como direito: o trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos;
5. Princípio da educação penitenciária: a educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para o detento;
6. Princípio do controle técnico da detenção: o regime da prisão deve ser controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos;
7. Princípio das instituições anexas: o encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento.

Foucault durante toda a sua análise deixa bem evidente que a lei e a justiça não hesitam em proclamar sua necessária dissimetria de classe. O próprio sistema carcerário – e isso se aplica principalmente aos tempos modernos – é responsável pela delinquência como uma das formas de ilegalidade. E aqui novamente se ressalta o poder da classe dominante faminta de lucro e de poder ilícitos. Em outras palavras, a criminalidade nada mais seria que a engrenagem para a sustentação do poder. Dessa forma, para Foucault, o fracasso do sistema prisional dá-se paradoxalmente:

E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de



dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades (2002: 227).

No decorrer da leitura da obra de Foucault, percebemos que, apesar da sua carga de cientificidade, intrinsecamente, ela é reveladora dos discursos que vigoraram em diversos momentos quanto ao tratamento dado aos crimes e às punições. Ele ressalta a todo instante que os discursos – subtendam-se os discursos penais, tais como se pode ouvi-los, tais como se pode lê-los sob a forma de texto – subentende-se texto falado ou escrito –, não são, como se poderia esperar, um puro e simples entrecruzamento de coisas e de palavras; não são como uma estreita superfície de contato, ou de confronto, entre uma realidade e uma língua, o intrincamento entre um léxico e uma experiência.

Desse modo, o texto de Foucault é tido como um produto do seu ambiente, um produto de um contínuo processo de escolha de sentidos que podemos representar como os múltiplos caminhos por meio das redes que constituem o sistema lingüístico. Em síntese, texto é processo e produto de significação social imerso em um contexto situacional particular.

O contexto estaria embutido no próprio texto. Nesse sentido a visão genealógica de Foucault vai ao encontro do pensamento de Halliday & Hasan (1985), para os quais o contexto (“experiência histórica”) e texto (“produto”) são aspectos de um mesmo processo, o que permite fazer uma ponte entre o texto e a situação na qual os textos de fato ocorrem.

Na verdade, a análise dos discursos mostra o desfazimento dos laços aparentemente tão fortes entre as palavras e as coisas e o destaque de um conjunto de regras próprias da prática discursiva. É o que se pode notar quanto às mudanças nas leis penais no decorrer dos séculos, em que houve sempre a busca da adaptação aos anseios da sociedade em diversos momentos.

Não é difícil entender os objetivos de Foucault ao pensar a temática da sua obra *Vigiar e Punir*. Levando em consideração o seu papel de epistemólogo, buscou, sem dúvida, estudar os limites da faculdade humana para conhecer os crimes e as suas punições, bem como os critérios condicionantes da validade desses conhecimentos. É com grande maestria que consegue adentrar o espírito das épocas e mostrar os propósitos e os meandros da justiça penal em cada uma delas.

A análise aqui feita da obra de Foucault prioriza, sobretudo, o discurso, principalmente, o discurso da justiça penal e sua evolução histórica. A intenção do autor não foi só descrever historiograficamente a evolução dessa justiça, mas, intrinsecamente, como as





sociedades lidavam com os condenados, com os crimes e com as punições. Se se analisa o conjunto histórico da justiça penal traçado por Foucault, observa-se uma formação discursiva, que é motivada por discursos dispersos. Pensa-se: Qual o objeto da constituição de uma justiça penal? O objeto é o mesmo, o foco é que é diferente. É exatamente o que Foucault quer mostrar, o histórico dos crimes e das punições tem uma origem comum, mas a forma de lidar (o gênero textual), foi aprimorada com o passar do tempo. Nas palavras de Foucault (2000: 135):

Chamaremos de discurso um conjunto de enunciados, na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva; ele não forma uma unidade retórica ou formal, indefinidamente repetível e cujo aparecimento ou utilização poderíamos assinar (e explicar, se for o caso) na história; é constituído de um número limitado de enunciados para o quais podemos definir um conjunto de condições de existência. O discurso, assim entendido, não é uma forma ideal e intemporal que teria, além do mais uma história; o problema não consiste em saber como e por que ele pôde emergir e tomar corpo num determinado ponto do tempo; é, de parte a parte, histórico – fragmento de história, unidade e descontinuidade na própria história, que coloca o problema de seus próprios limites, de seus cortes, de suas transformações, dos modos específicos de sua temporalidade, e não de seu surgimento abrupto em meio às cumplicidades do tempo.

Para Foucault o enunciado representa o átomo do discurso dentro da função enunciativa. Essa relação, sem dúvida, contribui para a formação discursiva, reveladora do nível do enunciado e definidora da sua regularidade. O conjunto dos enunciados formariam o discurso – se mesma formação discursiva –, o que contribui para a concretização da prática discursiva.

As ordens do discurso, portanto, são institucionais e sociais, representativas da totalidade de práticas discursivas no cerne de uma instituição ou sociedade, e o relacionamento entre elas.

Fairclough (2001) assume a mesma visão de Foucault, quando dispõe sobre a visão tridimensional do discurso. Para ele, toda instância discursiva possui três camadas ou dimensões: a) **texto** (falado ou escrito); b) **interação** (maneira de falar sistematicamente organizada entre as pessoas), que envolve processos de produção e interpretação de textos; c) **prática discursiva**, que envolve processos de produção e interpretação de textos. Todos, sem dúvida, constituem a própria **ação social**.

Desse modo, Foucault traça o contexto social ideal de dominação ideológica, quando mostra de forma clara a fusão de três esferas (Halliday & Hasan, op. cit.): campo do discurso (a natureza da ação social), o tenor do discurso (a natureza dos participantes: *status* e papéis) e



o modo do discurso (a organização simbólica do texto). Essas esferas são representativas de três significados (Fairclough, 2003), quais sejam: o acional (modos de agir), ligado ao gênero; o representacional (modos de representar), ligado ao discurso; e, o identificacional (modos de identificação), ligado do estilo.

Da mesma forma, a obra de Foucault alia-se a de Gramsci. Para este pensador o poder nas sociedades capitalistas modernas se caracteriza pela hegemonia. Ambas, a hegemonia e a luta hegemônica se formam nas práticas discursivas das instituições e organizações, representativas do **tenor** do discurso. As convenções do discurso podem encerrar ideologias naturalizadas, que as transformam em um mecanismo muitíssimo eficaz de preservação de hegemonias.

Um dos aspectos da hegemonia é, portanto, a construção cultural e ética, a reestruturação de subjetividades ou identidades. E a tecnologização do discurso, como **modo** do discurso (Halliday & Hasan, op. cit.), é um dos aspectos desse processo. Aliás, o próprio discurso é uma esfera da hegemonia e a hegemonia de uma classe ou grupo sobre toda a sociedade, ou sobre determinadas seções da mesma; depende, em parte, da sua capacidade de moldar práticas discursivas e ordens de discurso. Nesse contexto, está presente a função representacional do discurso (Fairclough, op. cit).

É o que de fato descreve Foucault, ao tratar da tecnologização do discurso. Para ele é um processo de intervenção na esfera das práticas discursivas, ou seja, o **campo** do discurso (Halliday & Hasan, op. cit), que visa construir uma nova hegemonia na ordem de discurso da instituição ou organização à qual se aplica, inscrevendo-se numa luta mais generalizada para impor hegemonias reestruturadas às práticas e culturas institucionais. Esse contexto, portanto, reflete a função acional do discurso (Fairclough, op. cit)

Em resumo, o termo tecnologia remete à análise feita por Foucault da aliança entre as ciências sociais e as estruturas de poder (“tecnologização do discurso”), em busca de uma identidade pós-moderna. Essa aliança, como modelo de negociação, aliás, representa a função identificacional (Fairclough, op. cit.), pois constitui o moderno “biopoder”, que traz a vida e os seus mecanismos ao domínio dos cálculos explícitos, tornando o conhecimento-poder um agente transformador da vida humana. Portanto, o processo de identificação envolve efeitos constitutivos do discurso, que deve ser visto como um processo dialético no qual discursos são inculcados em identidades.



Enfim, segundo Fairclough (op. cit), as identidades em uma sociedade refletem seu funcionamento no que concerne às relações de poder, à reprodução à mudança social. Sendo assim, a identidade (ou “tema”) é freqüentemente referida como sendo um efeito do discurso, construído no discurso. Para ele, cada ordem de discurso encerra gêneros discursivos característicos, que articulam estilos e discursos de maneira relativamente estável em um determinado contexto sócio-histórico e cultural.

## **6 INVESTIGANDO O DISCURSO JURÍDICO: MECANISMOS DE AÇÃO SOCIAL**

Conforme ressaltado em linhas anteriores, o conceito de domínio discursivo serve para designar uma esfera ou instância de produção discursiva ou de atividade humana. Ressalta-se que esses domínios não são nem textos nem discursos, mas propiciam o surgimento de discursos específicos, como os que se verá nos próximos tópicos. Assim, dentro do âmbito do discurso jurídico, por exemplo, podem surgir diversos gêneros textuais, insertos em novos princípios e novas teorias que, em conjunto, formam o discurso do sistema penal moderno.

### **6.1 O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**

O conceito de dignidade foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleto de um valor supremo, construído pela razão jurídica. O princípio da dignidade da pessoa humana advém da religião, passando pela ética e culminando no direito.

A dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata, inerente à sua essência. Na visão de Heidegger, a formulação sobre o ser é de conjugação única e tautológica – função lógica que sempre se converte em uma proposição verdadeira, sejam quais forem os valores assumidos por suas variáveis. O ser *é*. Ser *é* ser. Logo, basta a formulação: sou.

O princípio da dignidade da pessoa torna-se diante do cenário descrito por Foucault, e ainda contemporâneo, como um dos pilares das sociedades democráticas modernas, em face da crise que as alimenta, advinda do esquecimento do valor histórico dos direitos fundamentais.



A criação de leis é, antes de tudo, um problema, e não uma solução para o direito, pois a lei já não é só a lei, mas a interpretação que se faz da mesma. E essa é, sem dúvida, a visão do *Vigiar e Punir*.

Por tudo isso, o direito constitucional passou a ser o modo de olhar, pensar e desejar o mundo de forma mais humanística. Ingressou no imaginário da população como uma cultura constitucional. Vive-se, portanto, a época dos direitos fundamentais, ou seja, a incorporação do direito aos discursos e à ideologia da sociedade, representativa da vitória racional dos direitos fundamentais, mas não a sua efetividade.

Nessa ótica, o Estado deve fazer o máximo para preservar a dignidade em caráter emergencial. Ao menos a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social, sem esquecer que ela (a dignidade) só é garantia ilimitada se não ferir outra.

E nesse ponto vale menção à pena de morte. O tema traz certa cumplicidade com as idéias de Foucault, para o qual a aplicação da pena de morte representaria a solidarização do Estado com o próprio condenado na medida em que participa efetivamente do momento de sua morte e, também, porque faz com ele o que ele fez com a vítima. Estado e condenado tornam-se, pois, iguais.

Em síntese, a pena de morte, tomando a genealogia de Foucault, possui as seguintes vertentes: representa a instituição da vingança pública, pura irracionalidade; o rebaixamento do direito; o mito do plebiscito (o senso comum não é apto para pensar técnica, ética e racionalmente essa questão).

## **6.2 A Teoria Garantista**

O garantismo constitui uma teoria que maximiza o respeito às garantias individuais na elaboração e interpretação do direito, ainda que contrariamente ao interesse repressivo do Estado.

A evolução do processo penal está intimamente relacionada com a evolução da pena, que por sua vez é reflexo da estrutura do Estado em um determinado período. O processo surge com o terceiro estágio de desenvolvimento da pena, agora como “pena estatal”, que vem marcada por uma limitação jurídica do poder de perseguir e punir. A pena somente pode ser imposta mediante o processo judicial e pelo Estado.



O moderno direito penal já abandonou as teorias retributivas, pela sua inutilidade para a reinserção social do condenado. A Teoria Unitária (mista) é a que melhor explica a atual função da pena. Segundo essa idéia, deve-se atribuir à pena a combinação dos três princípios inspiradores (retribuição, prevenção especial e prevenção geral), conforme o momento em que estiver sendo analisada: momento da previsão legal, momento da determinação judicial e a fase de execução da pena.

No primeiro momento, a pena deve ter a função de proteger os bens jurídicos, criando a idéia de prevenção geral por meio da intimidação coletiva e abstrata, inibindo as pessoas de cometer delitos. Em síntese, é um instrumento dirigido a coibir delitos. No segundo momento, determinação judicial, o juiz deverá individualizar a pena (dosimetria), conforme as características do delito e do autor. Ao impor a pena, o juiz concretiza a ameaça contida no tipo penal abstrato, atendendo ainda ao fim de prevenção geral. E, pela terceira fase (cumprimento/execução da pena), obtém-se a prevenção especial e pretende-se a reinserção social e reeducação do condenado.

É importante destacar que o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais - da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos - representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artificios - como chamou Hobbes - que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia.

A democracia é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal. Pode-se afirmar, com toda segurança, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes, ou seja, o processo penal como “direito protetor dos inocentes”. Esse status (inocência) adquire caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado.



### **6.3 Discurso e Realidade do Sistema Penal Atual**

Em comparação à trajetória já percorrida por Foucault, no desenrolar da sua investigação das prisões, o discurso e a realidade do sistema penal atual ainda caminham em sentidos opostos. É a noção de que o Estado não precisa do Direito, porque tem o poder; o indivíduo é quem precisa da sua proteção.

Como consequência, a pena ainda é circundada por uma aura clássica, haja vista o seu caráter retributivista (pena como troca jurídica do crime) presente em todas as sociedades modernas. Hegel e Kant, aliás, já afirmavam que a única justiça digna é a retributivista.

Entre as funções modernas da pena, como visto no tópico anterior, estão a prevenção especial e prevenção geral. A primeira traz como aspecto positivo a correção do criminoso, aliás, uma ideologia do final do século XIX; como aspecto negativo, a pena só tem sentido se mantiver alguém preso – é o clássico valor retributivo. A segunda traz como aspecto positivo o uso do direito penal como um processo de criminalização (ato ou efeito de criminalizar); quanto ao aspecto negativo, o Estado espera que a ameaça da pena desestimule as pessoas de praticarem crimes.

Toda criminologia moderna trabalha com a prevenção geral positiva, pois atrela o direito penal aos sentimentos mais racionais da população. E, sobre a prevenção geral negativa, tem-se por injusta, haja vista o aumento do sofrimento de um autor real para desestimular autores potenciais.

Ao mesmo tempo em que se ressalta a função da pena, faz-se pertinente destacar a prisão como um processo de desculturação e de aculturação.

Como funcionaria esse processo? Seria um poder seletivo orientado por estereótipos, mecanismos inconscientes que decidem sobre o processo criminal, por meio da criação de meta-regras. Para Leibniz, o crime representa uma realidade social constituída, realidade atribuída a alguém, ato qualificado a um criminoso.

Aliado a esses aspectos, Jakobs destaca a redução da confiança da população na punição do criminoso pelo Estado, na perspectiva de que o direito penal tem como função estabilizar as expectativas normativas.

Como já afirmava Beccaria, o problema não é a gravidade da pena. A melhor política criminal é a melhor política social. Daí o Estado e os cidadãos funcionarem como agentes





corporativos (Fairclough, op. cit) capazes de ações coletivas e formação de mudança social em prol do interesse social.

Em termos de um discurso jurídico penal, há que se buscar atingir uma identidade social, para que os indivíduos possam assumir papéis sociais, mas personificando-os, investindo-os de sua própria personalidade (ou identidade pessoal), desempenhando-os de modo diferenciado. Segundo Fairclough (op. cit), o desenvolvimento completo das pessoas como agentes sociais está dialeticamente interconectado com o desenvolvimento completo de suas personalidades, nenhum dos quais é garantido.

## CONCLUSÃO

A análise das idéias de Foucault propicia um estudo crítico do sistema prisional ao longo dos séculos. A discussão não se esgota no universo temático, mas transcende o próprio ser, porque é um autor que prima pela linguagem que, nas palavras de Heidegger, seria “a casa do ser”. E o que Foucault faz é exatamente isso: a constituição do ser por meio da linguagem.

A maior contribuição da obra de Foucault é a possibilidade de o sujeito aprender com a própria trajetória. E isso é claro no *Vigiar e Punir*. Contudo, a internalização das mudanças não é um processo célere, exige tempo e espaço. Em sua visão das prisões, ressalta que o objetivo do sistema criminal sempre foi a promoção da desigualdade social. Portanto, leva tempo para desconstituir um processo histórico.

Pode parecer pretensão dar um cunho filosófico a uma obra que é, sem dúvida, histórico-científica. Mas é que, conhecendo outras obras de Foucault, não há como deixar de lado a sua trajetória como epistemólogo. A visão que ela passa em seu documentário é uma visão crítica ao extremo, tanto que frisa, por exemplo, que o Direito Penal moderno não ousa mais dizer que pune crimes; ele pretende readaptar delinqüentes. Ele (o Direito Penal) faz com que seus processos jurídicos e as medidas correcionais contra criminosos sejam de tal forma corretos e “humanos” que sua execução apareça como motivo de orgulho e não de vergonha – como outrora – diante de um julgamento da consciência histórica da civilização.

Todos esses fatores contribuíram para um estudo mais aprofundado desse autor, para resgatar, no *Vigiar e Punir*, pressupostos teóricos de outras obras. Em outras palavras, subsídios para o entendimento da construção do seu discurso em uma perspectiva



multifacetada. E para o próprio Foucault parece uma tese difícil de sustentar, visto que a análise enunciativa é, pois, uma análise histórica, mas que se mantém fora de qualquer interpretação. Sendo assim, às coisas ditas, não se pergunta o que escondem, o que nelas estava dito e o não dito que involuntariamente recobrem, a abundância de pensamentos imagens ou fantasmas que as habitam; mas, ao contrário, de que modo existem, o que significa para elas o fato de se terem manifestado, de terem deixado rastros e, talvez, de permanecerem para uma reutilização eventual; o que é para elas o fato de terem aparecido – e nenhuma outra em seu lugar.

É pena que o direito moderno só seja o direito que é hoje pela promoção da violência, em todos os tempos legitimada pelo Estado. Em suma, não há ditadura na era moderna que não se diga democrática. Não restam dúvidas de que houve a evolução de uma concepção autoritária (acúmulo de poder pelo Estado) para uma concepção moderna (direitos fundamentais e garantias).

Contudo, a luta pela conquista de um espaço democrático tem ao menos trazido reflexões acerca dos problemas dos sujeitos. O exemplo mais catadrático é o da expansão do princípio da dignidade da pessoa humana nas sociedades democráticas modernas, cujo conteúdo traz idéias de liberdade e de igualdade, integridade física e psicológica, bioética, biodireito. Em suma, novas entradas no conceito de dignidade, o que de certa forma gera instabilidade no cenário nacional e internacional.

É com esse intuito que se busca a proibição do retrocesso e o desafio da sobrevivência dos direitos fundamentais em um ambiente de crise. Daí a necessidade de um Estado garantidor, que propicie um acesso universal aos bens essenciais, garantia essa de direitos econômicos, sociais e culturais.

A análise da obra historiográfica de Foucault mostra ao menos que as sociedades modernas buscaram inovar, se comparadas as de séculos passados. A idéia de um sistema aprendiz dos direitos fundamentais já existe, mas é instável frente a um mundo multicultural, que tende à inversão dos próprios direitos e à do próprio Estado.

Mas nada está acabado, há que se dar atenção aos discursos passados e aos presentes em prol de uma construção genealógica da história. Desse ponto de vista, não se reconhece nenhum enunciado latente, pois aquilo a que se dirige está na evidência da linguagem efetiva. E, tal constatação não poderia ser diferente com o discurso da justiça penal.



E foi exatamente esta mensagem que Foucault quis passar ao longo de sua análise das prisões:

Nessa humanidade central e centralizada, efeito e instrumento de complexas relações de poder, corpos e forças submetidos por múltiplos dispositivos de ‘encarceramento’, objetos para discursos que são eles mesmos elementos dessa estratégia, temos que ouvir o ronco surdo da batalha (2002: 254).

Desse modo, como “analista do discurso”, Foucault merece as palavras de Teun van Dijk:

O discurso constitui uma parte intrínseca da sociedade e participa de todas as suas injustiças assim como das lutas que se empreendem contras elas. Os analistas críticos do discurso não se limitam a observar tais vínculos entre o discurso e as estruturas sociais, mas se propõem a ser agentes da mudança, e o fazem como expressão de solidariedade para com todos os que necessitam com urgência dessa mudança.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, L. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**. Lisboa: Presença-Martins Fontes, 1974.

BAKTHIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. São Paulo: Huicitec, 1995.

\_\_\_\_\_. **Estética da Criação Verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

BRANDÃO, Helena N. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: Editora Unicamp, 1997.

CHOULIARAKI, L. & FAIRCLOUGH, N. *Discourse in Late Modernity - Rethinking critical discourse analysis*. Edinburg University Press, 1999.

EGGINS, Suzanne & MARTIN, J. R. Géneros y Registro del Discurso. In: Teun. A. van Dijk, *El Discurso como Estructura y Proceso. Estudios del discurso: introducción multidisciplinaria*. v. 1. Gedisa Editorial, 1997.

FAIRCLOUGH, Norman. *Analysing Discourse. Textual analysis for social research*. London and New York: Routledge, 2003.

\_\_\_\_\_. *Critical Discourse Analysis*. London and New York: Longman, 1995.

\_\_\_\_\_. **Discurso e mudança social**. Izabel Magalhães (Trad.). Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

\_\_\_\_\_. *Language and power*. London and New York: Longman, 1989.



FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. (Tradução de Raquel Ramallete). 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A arqueologia do saber**. (Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves). 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal.

\_\_\_\_\_. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola.

\_\_\_\_\_. **As Palavras e as Coisas**. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GRAMSCI, A. **Obras Escolhidas**. Trad. Manuel Cruz. São Paulo: Martins Fontes, 1974.

HABERMAS, J. *The theory of Communicative Action. Reason and Rationalization of Society*. London: Heinemann, 1984.

HALLIDAY, M. A. K. & Hasan, R. *Language, Context and Text: aspects of language in a social-semiotic perspective*. Oxford University Press, 1985, pp. 3-14.

HALLIDAY, M. A. K. **An introduction to Functional Grammar**. Ed. London, New York, Sidney, Auckland: Edward Arnold, 1994.

\_\_\_\_\_. “Estructura y Funcion del Lenguaje”. In: *Nuevos horizontes em la Lingüística*. J. Lyons (ed.). Madrid: Alianza, Ed. Cast., 1975, pp. 145-173.

\_\_\_\_\_. **As Bases Funcionais da Linguagem**. Trad. Raquel Salek Fiad. In.: B. Bernstein (ed.) *Class, codes and control*. London: Routledge & Kegan Paul, 1973, pp. 343-366.

LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Discurso, Cognição e Gramática nos Processos de Textualização**. In: Silva, D. E. G. (org.). *Nas instâncias do discurso: uma permeabilidade de fronteiras*. Editora da UnB, pp. 21-35, no prelo.

\_\_\_\_\_. Gêneros Textuais: definição e funcionalidade. In: *Gêneros textuais & ensino*. Ângela Paiva Dionísio, Anna Rachel Machado & Maria Auxiliadora (orgs.). Rio de Janeiro: Editora Lucerna, 2002, pp. 19-35.

MARX, K. & ENGELS, F. **A ideologia alemã**. (Tradução de W. Dutra e F. Fernandes). Rio de Janeiro: Zahar, 1965.



MEY, Jacob L. Discurso, Gramática e Pragmática”. **In:** In: Silva, D. E. G. (org.). *Nas instâncias do discurso: uma permeabilidade de fronteiras*. Editora da UnB, pp. 49-63, no prelo

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Maria Helena de Moura. **A Gramática Funcional**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 39-53.

SANTOS, Juarez C. dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SCHIFFRIN, Deborah. *Approaches to discourse*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997, pp. 20-43.

SILVA, Denize Elena Garcia da. Gramática e Contexto na Perspectiva Funcional do Discurso. **In:** Silva, D. E. G., Lara, G. M. P. & Menegazzo, M. A. (orgs.). *Estudos de Linguagem: Inter-relações e Perspectivas*. Editora da UFMS, pp. 55-69.

THOMPSON, John. B. **Ideologia e Cultura Moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995.

VAN DIJK, T. A. (Comp.). *El Discurso como Estructura y Proceso. Estudios del discurso: introducción multidisciplinaria*. Gedisa Editorial, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Ideology. A Multidisciplinary Study*. London: Sage Publication, 1998.

\_\_\_\_\_. *Discourse & Society*. Londres: Sage Publications, 1993.

\_\_\_\_\_. **Texto y contexto**. Madrid: Cátedra, 1995.



## O MANDADO DE SEGURANÇA NO ÂMBITO TRABALHISTA

Thiago Alves Fugiwara<sup>1</sup>

“E se não houvesse proteção divina...  
Em quê eu poderia acreditar?”.  
(Thiago Fugiwara)

### RESUMO

O presente estudo, ramificado de maneira a compulsar alguns dos aspectos relevantes do Mandado de Segurança no âmbito trabalhista, tem por objetivo analisar a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, cuja qual agora se tornou plenamente apta para processar e julgar o referido remédio constitucional que envolva matéria concernente à sua jurisdição. Nessa conformidade, levar-se-á em conta o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 que editou a Reforma do Judiciário e, também, a novíssima Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que define o *iter procedimentalis* do *mandamus*. Não obstante, realizar-se-á uma breve resenha histórica desse meio impugnativo previsto no rol dos Direitos e Garantias Individuais da Lei Fundamental, estabelecendo, ainda, sua importância frente à sociedade, em especial ao trabalhador, e a essa Justiça Especializada.

Palavras-chaves:

Mandado de Segurança; Justiça do Trabalho; Emenda Constitucional nº 45.

### I INTROÍTO

Preliminarmente, insta destacar que a nomenclatura “mandado de segurança” deve-se a João Mangabeira, relator do anteprojeto constitucional de 1934. Essa denominação teve como fonte de inspiração os estudos de Alberto Torres, que talvez possa ser considerado o precursor na análise atenta acerca de tal medida, que por ele, à época, era designada de “mandado de garantia”.

Destarte, o eminente relator tratou essa matéria da seguinte forma, conforme trouxe à tona o doutrinador Rogério Lauria Tucci, *ipsis verbis*:

Toda pessoa que tiver um direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que a ampare com um mandado de segurança. O Juiz, recebendo o pedido, resolverá, dentro de 72 horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E se considerar o pedido legal, expedirá o mandado ou proibindo esta de praticar o ato ou ordenando-lhe de

<sup>1</sup> Advogado especialista em Direito do Trabalho, pós-graduando em Direito e Processo Civil, autor de outros artigos jurídicos e colaborador no Escritório de Advocacia NBR & Magalhães.

\* Dedico este ensaio às pessoas certas das horas incertas, ou seja, aos meus pais Eliane e Akihiko, ao Dr.º Rafael Funayama, a Isolda Bezerra, Berta Celli da Silva, Tallita Cunha de Lima, Adriana Lopes e Kelly Brito de Sousa.





restabelecer integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário. (TUCCI, 1978, p. 19).

Posto isso, cumpre relatar que a criação desse instituto foi o meio jurídico encontrado para garantir respeito aos direitos nos quais o indivíduo detinha e que corriam risco de ser ameaçados ou lesionados por ato de autoridade pública ou de um agente no exercício da função pública. Assim, em tal época, essa ação constitucional era cabível nas hipóteses de violação ou ameaça a direito certo e incontestável por ato inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Hodiernamente, a função precípua dessa ação assecuratória constitucional continua sendo o combate aos excessos do Poder Público, até porque, os preceitos legais não podem se tornar inócuos em nenhuma hipótese, ainda mais perante a Administração Pública que deve se especar nos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Dessarte trata-se a referida ação, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, de um “meio constitucional” garantidor de direitos conferidos aos cidadãos.

### **1.1 Esforço Histórico**

A *priori*, impende destacar que o *writ*, no Brasil, passou a integrar o âmbito constitucional por meio do artigo 113 da Carta Magna de 1934, transformando-se no primeiro instrumento designado a proteger os direitos do indivíduo frente ao Poder Público e as autoridades que o representava. Vejamos o que preconizava o dispositivo citado alhures:

Art. 113. Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petítórias competentes.

No entanto, foram quase dois anos sem a existência de uma norma que regulamentasse tal instituto. Assim, somente após a edição da Lei 191, de 15 de janeiro de 1936, essa carência foi suprida e restaram-se estabelecidas questões como hipóteses de cabimento e prazo para impetração do *mandamus*, que desde então tem como principal característica a neutralização do ato gravoso em caráter liminar.

Com a chegada da Constituição outorgada de 1937, época da imposição do Estado Novo restou clara a ausência de limitação na atuação do Poder Estatal. Destarte, o mandado de segurança, além de deixar de ser uma garantia constitucional, a partir do Decreto Lei nº 6,



de 15 de novembro do mesmo ano, ganhou uma restrição, vez que se estabeleceu que os atos praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores não seriam abarcados pelo *writ*.

Com efeito, assim vaticinava o artigo 16 do supramencionado Decreto Lei, *verbis*:

Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Nessa linha, dando seqüência a este breve histórico, outro fator relevante e que merece ser listado é o advento do *codex* processual civil de 1939, cujo qual fez considerar o mandado de segurança um processo especial.

Passado esse período no qual ficou fora do bojo da Constituição de 1937, o *mandamus*, por força da promulgação do Texto Supremo de 1946, ganhou novamente *status* constitucional e, com o advento da Lei 1.533, de 12 de dezembro de 1951, agora conhecida como a antiga Lei do Mandado de Segurança, recebeu a importância devida, ganhando a credibilidade que faltava para de fato se tornar um remédio jurídico impugnativo.

Com o advento do Código Supremo de 1967 o caráter constitucional desse meio impugnativo foi consolidado, sendo o detalhe diferenciador em relação às Constituições anteriores o acréscimo da expressão “individual” no artigo 150, § 21, que assim dispunha: “conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Nessa seqüência, urge ainda destacar que a Carta Política da República de 1969 somente repisou o que estava disposto no bojo da Constituição anterior e que o pergaminho processual civil de 1973 não mais considerou o *writ* um procedimento especial como tinha antes ocorrido no *codex* de 1939.

Com a promulgação da atual Lei Maior, de 5 de outubro de 1988, o mandado de segurança encontrou suporte no artigo 5º, incisos LXIX e LXX, cujos quais estabeleceram, respectivamente, duas espécies de *writ*, são eles: o individual e o coletivo.

Não obstante e concluindo em apertadas linhas o esboço do mandado de segurança no Brasil e sua ligação com a seara trabalhista, impende ressaltar duas Emendas Constitucionais assaz importantes.



A primeira é a Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999, cuja qual extirpou a figura dos juízes classistas, também, conhecidos como juízes leigos e, por conseqüência, pôs fim a composição paritária no primeiro grau de jurisdição da Justiça do Trabalho, e a segunda é a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que ampliou a competência dessa Justiça Especializada para processar e julgar os mandados de segurança de atos que envolvam matéria atinente à sua jurisdição, tornando possível a impetração perante as Varas do Trabalho.

Diante o expandido, verifica-se que o *mandamus* trata-se, verdadeiramente, de uma ação de conhecimento na qual o magistrado determina à autoridade coatora uma ordem que tenha por intuito anular, desfazer o ato lesivo que fere um direito líquido e certo do impetrante.

## 1.2 Noções Gerais sobre o Mandado de Segurança

A palavra “mandado” vem do latim *mandatum*, provindo do verbo *mandare*, que traz a idéia de determinação. Assim, transportando tal sentido para o âmbito em que se está trabalhando, mandado significa o instrumento, o procedimento judiciário provocado por alguém interessado no intuito de assegurar um direito líquido e certo, ameaçado ou posto em perigo por ato ou conduta ilegais do Poder Público.

Em outras palavras, o *writ* trata-se de uma ação cuja qual o impetrante recorre junto ao Poder Judiciário com o escopo de rechaçar um ato ilegal ou abusivo de um órgão do Estado ou que, por delegação, desempenhe uma atividade estatal. Enfim, de maneira comezinha, vem a ser um meio judicial, de rito sumaríssimo, portanto especial, no qual o indivíduo pode se valer para se resguardar de atos contrários à lei ou abusivos praticados por autoridade pública.

No ordenamento jurídico pátrio em vigor, está regulado no Texto Supremo de 1988 nos incisos LXIX e LXX de seu artigo 5º, e seu *iter procedimentalis* é regido pela atualíssima Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, conhecida como a nova Lei do Mandado de Segurança – LMS.

Por oportuno, vejamos, respectivamente, o que apregoa o supramencionado inciso LXIX do artigo 5º, bem como o artigo 1º da LMS, que acabam por definir legalmente o que vem a ser mandado de segurança, *litteris*:



Art. 5º. Todos são 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:

[*omissis*]

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

No âmbito trabalhista, o *writ* está previsto em um único dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, qual seja, o 678, I, “b”, item 3, bem como nos artigos 2º, I, “d” e II, “b” e 3º, I, “b” da Lei 7.701, de 21 de dezembro de 1988, que dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos.

Os supramencionados artigos respaldavam a antiga competência originária e hierárquica dessa Justiça Especializada, cuja qual, somente os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho julgavam mandado de segurança. Contudo, o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 acabou por modificar e ampliar a competência da justiça trabalhista, originando a possibilidade de, perante uma Vara do Trabalho, se impetrar um *mandamus* que envolva matéria concernente à sua jurisdição.

Assim estabelecido, cumpre trazer à tona o entendimento abalizado de grandes doutrinadores sobre tal instituto, que de acordo com o artigo 23 da nova LMS tem como prazo para impetração 120 dias a contar da ciência do ato impugnado, devendo a peça inaugural ser acompanhada de provas documentais pré-constituídas.

De acordo com o ilustre doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite, tal instituto pode ser conceituado como:

[...] uma garantia fundamental, portanto, de natureza constitucional, exteriorizado por meio de uma ação especial, posta à disposição de qualquer pessoa (física ou jurídica, de direito público ou privado) ou de ente despersonalizado com capacidade processual, cujo escopo repousa na proteção de direito individual ou coletivo, próprio ou de terceiro, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício delegado de atribuições do Poder Público. (LEITE, 2005, p. 829).

Com propriedade, o professor Renato Saraiva formulou o seguinte conceito sobre *writ*, senão vejamos:

[...] instrumento, constitucionalmente previsto, que pode ser utilizado por pessoa, física ou jurídica, ou mesmo por ente despersonalizado com capacidade processual, objetivando a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, toda vez que esse direito for lesionado ou ameaçado por ato de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (SARAIVA, 2009, p. 771).

De forma mais sucinta, porém, não menos exata, o ilustre docente José dos Santos Carvalho Filho, estabelece que “mandado de segurança é a ação de fundamento constitucional pela qual se torna possível proteger o direito líquido e certo do interessado contra ato do Poder Público” (FILHO, 2006, p. 856).

No entanto, o que vem a ser exatamente a expressão Poder Público, comumente utilizada pelos doutrinadores? José dos Santos Carvalho Filho explana bem ao estabelecer que a expressão Poder Público:

[...] tem sentido amplo e abrange tanto os atos e condutas atribuídos a autoridades públicas, ou seja, aquelas pessoas investidas diretamente em função pública, quanto atos e condutas de agentes de pessoas jurídicas, ainda que privadas, com função delegada, isto é, no exercício de funções que originariamente pertencem ao Poder Público. (FILHO, 2006, p. 858).

Por fim, no que tange às espécies, apropriado se faz abordar as duas existentes, quais sejam, o mandado de segurança individual, previsto nos artigos 5º, LXIX, da CF e 1º da LMS, que se trata daquele impetrado por uma pessoa, podendo ser ela física ou jurídica, para defender direito de seu interesse, e o *mandamus* coletivo, previsto nos artigos 5º, LXX, da CF e 21 da LMS, que é aquele impetrado por pessoa coletiva para resguardar seus membros. Por oportuno, vejamos o que estabelece o inciso LXX, do artigo 5º, bem como o artigo 21 da Lei 12.016/2009, *verbis*:

Art. 5º. Todos são 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:

[*omissis*]

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos

relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Distinguindo bem as espécies verificadas, o saudoso professor Valentim Carrion, com a autoridade de quem conhece, diz o seguinte: “O mandado de segurança coletivo se rege pelos mesmos pressupostos, requisitos e efeitos do comum [...]. A distinção única se verifica nos direitos protegidos: subjetivos, no comum, e direitos não subjetivos, no coletivo”. (CARRION, 2009, p.672).

Já o insigne doutrinador Alfredo Buzaid, ao expor sua idéia sobre a diferenciação das espécies, assim expõe:

[...] ambos os Mandados de Segurança têm os mesmos pressupostos constitucionais, distinguindo-se entre si apenas quanto ao impetrante que, no individual, é sempre pessoa física ou jurídica, que atua em nome próprio e por seu direito ameaçado ou violado, ao passo que, no coletivo, atua ora em nome próprio, ora na defesa de direitos de seus membros ou associados. (BUZOID, 1992, p. 9).

Conclui-se que esse remédio constitucional, em âmbito individual, tem o propósito de hostilizar ato ou decisão que lesione ou ponha em perigo um direito líquido e certo de uma pessoa. No âmbito coletivo, tem por objetivo salvaguardar o direito de uma coletividade ou uma parte dela (Enunciado 630, da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF), devendo ser representada por quem de direito, como por exemplo, uma associação ou sindicato.

Não obstante, por ser uma ação cognitiva de natureza civil, o mandado de segurança admite a concessão de medida liminar, estando seu fundamento legal no artigo 7º, III da Lei 12.016/2009, no qual estabelece que o ato que deu motivo ao pedido deve ser suspenso no instante em que o juiz despachar a inicial. Todavia, preciso se faz verificar a presença de dois requisitos para que a liminar seja concedida, são eles: a fumaça do bom direito e o perigo da demora, traduzido na probabilidade do prejuízo se tornar irreparável para o impetrante.

Realizando uma abordagem sobre a concessão de liminar, João Roberto Parizatto, apregoa o seguinte:





[...]. Trata-se do poder de cautela do juiz presente em tantos outros dispositivos e hipóteses legais, visando acautelar de forma antecipada o direito da parte. Analisa o juiz a viabilidade do mérito do mandado de segurança e se vier a constatar que a sua procedência ao final poderia ser antecipada, o fará mediante a concessão da suspensão do ato impugnado até que venha o mandado de segurança a ser julgado após as informações e oitiva do Ministério Público. (PARIZATTO, 2009, p. 57-58).

Por oportuno, um ponto inovador da Lei 12.016/2009 que merece ser realçado é o disposto no artigo 4º, no qual estabelece que em caso de urgência a utilização de fax ou outro meio eletrônico são admissíveis para impetrar um mandado de segurança. Assim, ainda, se valendo dos ensinamentos de João Parizatto, vejamos o seu entendimento *litteris*:

De forma a se adequar a lei do mandado de segurança a tantas outras medidas que visam acudir o direito de forma rápida e eficaz, ampliou-se a admissão de sua impetração **através de fax** ou outro **meio eletrônico de autenticidade comprovada**, já que o envio de tal petição por telegrama ou radiograma estão em total desuso na prática. [...].

Assim e desde que a hipótese seja de **urgência** que não possa aguardar o protocolo junto ao local competente ou sua remessa por via postal, admite-se a impetração do mandado de segurança por outro meio mais rápido, ou seja, através de fax ou mesmo e principalmente por **via eletrônica através de e-mail**, já que admissível a utilização de tal forma nos meios forenses. O critério de urgência será analisado pela autoridade judiciária que for despachar o mandado de segurança, que poderá não admitir tal forma de interposição, determinando que a parte o interponha, querendo, pelas vias normais, ou seja, mediante protocolo de petição no local próprio e competente para tanto. (**com ênfases no original**) (PARIZATTO, 2009, p. 24).

De outro norte, importante destacar que a nova LMS estabelece algumas hipóteses nas quais o *mandamus* não será cabível, limitando, assim, seu uso a bel-prazer. Vejamos o que prescreve o artigo 5º, *ipsis verbis*:

Art. 5º. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

- I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
- II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III - de decisão judicial transitada em julgado.

Assim, tal limitação se justifica, pois, o *writ* não se trata de um recurso, logo, não há a possibilidade de se postular uma modificação de uma decisão por meio desse remédio constitucional.

Nessa linha, a Sessão de Dissídios Individuais – II do Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial – OJ 92. Vejamos: “MANDADO DE SEGURANÇA – EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido”.



No mesmo sentido e fortalecendo ainda mais este entendimento, o Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF por meio do Enunciado Sumular nº 267, assim estabeleceu: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Enfim, do suso expendido patente é a finalidade do mandado de segurança, qual seja, tornar, liminarmente, o ato da autoridade sem eficácia, assegurando tanto a tutela individual quanto a coletiva, fixando, ainda, determinadas limitações no sentido de evitar seu emprego de forma livre e indiscriminada.

### 1.3 Pressupostos do Mandado de Segurança

Feita a análise conceitual, apresentada sua fundamentação no ordenamento jurídico pátrio em vigor, pinçada as hipóteses de cabimento e não cabimento, bem como verificada e aclarada a distinção entre as espécies de *mandamus*, impende elucidar os pressupostos exigidos para a viabilidade dessa garantia constitucional, quais sejam, o direito líquido e certo e a ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública.

Posto isso, surge a seguinte indagação, em que se traduz o direito líquido e certo que justifica a impetração de um *writ*?

O renomado doutrinador Renato Saraiva entabula que a liquidez e a certeza de um direito “diz respeito aos fatos, que devem se provados de imediato, mediante prova exclusivamente documental no momento da propositura do *writ*”. (SARAIVA, 2009, p. 774).

Consoante voto proferido pelo i. Ministro Luiz Fux<sup>2</sup>, direito líquido e certo vem a ser o “[...] direito evidente *prima facie*, porquanto não comporta a fase instrutória inerente aos ritos que contemplam cognição primária. Tal direito pressupõe a incidência da regra jurídica sobre fatos incontroversos, provados por documentos acostados, desde logo à petição inicial”.

O saudoso doutrinador Miguel Seabra Fagundes destrinça essa condição da ação conforme se transcreve *ipsis verbis*:

a referência à liquidez e certeza do direito tem em vista os aspectos de fato da relação jurídica, as circunstâncias concretas, determinantes da incidência do Direito Positivo, em suma, os pressupostos materiais da individualização da norma genérica, que a fazendo aplicar-se em espécie, dão origem ao direito subjetivo. Assim, ter-se-á como líquido e certo o direito, cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda a dúvida, aqueles cujos pressupostos materiais se possam constatar, ao primeiro exame. Não importa que se levantem

<sup>2</sup> RMS 20654/SC; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2005/0151897-1. T1 – Primeira Turma. Julgamento em 22 de maio de 2007. DJ 21.06.2007.



quanto à norma de Direito Positivo, que deve reger a situação ajuizada. Esta será sempre certa no sentido de que existe com preceito regedor de determinadas situações de fato e que se aplica a elas, certamente, uma vez provada a sua existência. (FAGUNDES, 1957, p. 309-310).

Na esteira desse raciocínio, entende-se que tal direito trata-se daquele que pode ser comprovado de plano, sem deixar pairar controvérsia, logo, devendo ser incontroverso. Daí a necessidade de se juntar à peça vestibular todos os documentos probatórios capazes de demonstrar a veracidade alegada.

No que tange a ilegalidade ou abuso de poder praticado por um ato de autoridade pública ou a ela equiparada (artigo 1º, § 1º, da LMS), importante destacar que sua prática configura uma contrariedade à lei. Nesse diapasão, deve-se haver sempre a observância ao princípio da legalidade, pois, caso assim não seja, caracterizado estará a transgressão a ordem jurídica.

Em outras palavras, o cometimento de uma ilegalidade ou abusividade por parte de uma autoridade no exercício de sua função, desrespeita o estabelecido em lei e afronta o preceituado pelos princípios vigentes, verdadeiros pilares de sustentação de um ordenamento jurídico, configurando-se, assim, no uso descomedido de uma lei.

Realizando uma abordagem sobre esta temática, Hely Lopes Meirelles assevera o seguinte, senão vejamos:

O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso. **Usar normalmente do Poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato** e as suas exigências do interesse público. **Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, [...]. (sem ênfases no original)** (MEIRELLES, 1995, p. 102).

Por fim, conclui-se que ato ilegal ou abusivo, de modo geral, é aquele que contradiz o direito, é o expedido em desacordo com os parâmetros ditados pela lei, ultrapassando, assim, os limites ou atribuições por ela fixadas.

## **2 Novo Critério de Competência com o Advento da Emenda Constitucional nº 45/2004**

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, houve a Reforma do Judiciário, na qual proporcionou algumas alterações assaz importantes e que por sua vez acabaram por interferir nos posicionamentos até então já consolidados pelos operadores e aplicadores do direito.



Entretanto, para se ter uma real noção dessas modificações, especialmente no que diz respeito ao artigo 114 do Código Supremo e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, interessante se torna realizar o cotejo, respectivamente, entre a antiga e a nova redação desse dispositivo. Vejamos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

§ 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

§ 3º. Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

**IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;**

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no artigo 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, a e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º. Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. **(sem ênfase no original)**

Posto isso, cumpre agora, em apertadas linhas, realizar uma análise sobre a antiga competência em que esta Justiça Especializada possuía antes da supramencionada Emenda Constitucional – EC.



Anteriormente à EC nº 45, conforme fosse a autoridade coatora, somente os Tribunais Regionais do Trabalho – TRT, bem como o Tribunal Superior do Trabalho – TST é quem possuíam a competência originária para apreciar um mandado de segurança, excluindo, assim, o primeiro grau de jurisdição da Justiça do Trabalhista.

Ilustrando bem o antigo posicionamento doutrinário, Manoel Antônio Teixeira Filho vaticinava o que adiante se expõe *litteris*:

**As razões pelas quais a lei (CLT artigos 652 e 653) não atribui competência aos órgãos de primeiro grau da justiça do trabalho, para julgar ações assecuratórias são lógicas e, de certa forma, evidentes: se for coatora alguma autoridade vinculada à administração (federal, estadual ou municipal), à legislatura (idem) ou à organização judiciária que não seja do trabalho, a incompetência desta justiça especializada chega a ser ofuscante, devendo ser mencionado, no caso de a autoridade coatora for federal, o art. 109, VIII da Constituição da República que comete competência aos juízes federais. Se a autoridade coatora for efetivamente da Justiça do Trabalho, haverá, mesmo assim, incompetência da Junta de Conciliação e Julgamento, em virtude da hierarquia, pois se dita autoridade for de primeiro grau, a competência será do Tribunal Regional; se de segundo ou terceiro graus, a competência para apreciar ação de segurança será do TST. (sem ênfases no original) (TEIXEIRA FILHO, 1994, p. 179).**

Nesse sentido, a antiga regra limitava o processamento e julgamento de um *mandamus* a duas hipóteses, a saber: contra atos administrativos emanados por autoridade coatora proveniente da primeira instância da jurisdição trabalhista, nos quais a competência originária era de um TRT, e contra atos judiciais proferidos por autoridade de segunda instância, que, baseando-se na Lei 7.701/1988 e no Regimento Interno do TST, cabia ao Tribunal Superior do Trabalho julgar o mandado de segurança então impetrado.

Contudo, após o advento da referida Emenda Constitucional do ano de 2004, houve uma reformulação na competência da Justiça Trabalhista e uma nova regra a ela foi atribuída, qual seja, **apreciar e julgar mandados de segurança que envolvam matéria sujeita a sua jurisdição (art. 114, IV, da Constituição Federal)**, inclusive os impetrados nas Varas do Trabalho, fato que se configurou em uma grande novidade, pois até então não havia tal possibilidade. Nessa linha, vejamos este elucidativo e didático julgado<sup>3</sup>, *litteris*:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO SINDICAL. CONFLITO DE REPRESENTATIVIDADE. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ARTIGO 114, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ALTERADO PELA EMENDA Nº 45/2004. NULIDADE DA SENTENÇA.  
I - **A norma cogente introduzida em nossa Carta Magna, em seu artigo 114, incisos III e IV, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, alterou a competência da Justiça do trabalho, nela inserindo a competência**

<sup>3</sup> Acórdão nº 2004.34.00.048462-7 do Tribunal Regional Federal – TRF da 1ª Região, de 11 mai. de 2007.

**funcional e absoluta para processar e julgar** "as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores", bem como "**os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição**" (CF, art. 114, III e IV).

II - Declarou-se a incompetência da Justiça Federal, anulando-se a sentença monocrática e determinando-se a remessa dos autos à Justiça do Trabalho, que é a competente, no caso.

III - Remessa oficial provida, tão-somente, para declarar a incompetência absoluta da Justiça Federal. Apelações prejudicadas. (**sem ênfases no original**)

Assim estabelecido, impende, também, trazer à tona que a EC nº 45 imputou à Justiça Trabalhista a competência para processar e julgar demandas que envolvam relação de trabalho (artigo 114, I, da Carta Magna), mesmo que não haja qualquer relação de emprego, como por exemplo, um engenheiro que deixou de receber a contraprestação pela execução de serviço contratado por um particular.

O professor Cleber Lúcio de Almeida, sobre a abrangência da expressão “relação de trabalho” apresenta as soluções encontradas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência para justificar a competência dessa Justiça Especializada, senão vejamos:

- a) A relação de trabalho é toda relação jurídica que envolve o trabalho humano prestado pessoalmente em favor do outrem;
- b) A relação de trabalho é toda relação jurídica que envolve o trabalho humano prestado pessoalmente em favor do outrem, excluída a relação de consumo;
- c) Na relação de consumo coexistem duas relações, uma entre o consumidor e o prestador de serviços (relação de consumo propriamente dita) e outra entre o prestador de serviços e o seu tomador (relação de trabalho), sendo a Justiça do Trabalho competente para o julgamento desta segunda faceta daquela relação;[*omissis*]. (ALMEIDA, 2009, p. 124).

Urge destacar, também, que malgrado a Justiça laboral agora seja competente na análise de causas relativas à relação de trabalho, o STF quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.395-6, acabou por considerá-la incompetente para julgar ações que envolvam servidores estatutários, o que não vem ao caso quando envolvido estiver um servidor regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

De outro norte, havendo a impetração de um mandado de segurança contra ato proferido por autoridade fiscalizadora da relação de trabalho, como por exemplo, ato de auditor fiscal determinando a interdição de um estabelecimento, será o Juiz do Trabalho o competente para julgar.

Em suma, a competência da Justiça Especializada foi alterada e ampliada, de modo que além dos Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho possuem aptidão para apreciar e julgar mandados de segurança pertinentes à jurisdição trabalhista, também as Varas





monocráticas sejam capazes de realizar o mesmo, isso, dependendo sempre da autoridade coatora, uma vez que sua categoria pode definir a competência.

## **2.1 Impugnações às Decisões Proferidas na Apreciação e Julgamento do Mandado de Segurança**

No que tange aos meios de contestação às decisões proferidas quando da apreciação do mandado de segurança, extremamente importante elencar quais as possibilidades existentes para se tentar reverter uma decisão indeferitória.

Em sendo a segurança concedida ou denegada, o recurso cabível é o ordinário, no qual, dependendo da autoridade envolvida, caberá ao TST ou STF julgá-lo. Nesse sentido é a inteligência do artigo 895, “a”, do Diploma Consolidado, que se transcreve a seguir: “Art. 895. Cabe recurso ordinário para a instância superior: a) das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias”.

Assim, ao impetrante do *mandamus* cabe somente impugnar a decisão definitiva – que aprecia o mérito da pretensão – por meio de recurso ordinário, uma vez que, no âmbito trabalhista, trata-se do recurso adequado.

Já no caso de indeferimento de liminar no mandado de segurança, merece consideração o fato que, de imediato, as decisões interlocutórias são irrecorríveis na Justiça Trabalhista conforme entendimento firmado pelo TST. Nessa esteira, vejamos o que preconiza o Enunciado Sumular nº 214:

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE – NOVA REDAÇÃO – RES. 127/2005, DJ 16.03.2005.

Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso de imediato salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.

Posto isso, neste instante, relaciona-se outras possibilidades de impugnação às decisões proferidas no julgamento de um *writ*.

No caso de decisão definitiva emanada pelo TRT, seja ela concessiva ou denegatória, cabível será a interposição de recurso ordinário, no prazo de oito dias, para o TST (Enunciado nº 201 da Súmula do TST e artigo 895, da CLT). Contudo, caso seja deferida uma liminar



antes da sentença, cabe a impetração de mandado de segurança por inexistir um recurso próprio (Enunciado nº 414, II da Súmula do TST).

De outro norte, caso o juiz relator indefira liminarmente a peça vestibular por falta de cumprimento de requisitos (artigo 6º, da nova LMS) ou extinga o processo sem julgar o mérito, o agravo regimental será o recurso adequado, isso de acordo com o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

Denegando decisão oriunda do julgamento de um *mandamus*, cuja competência originária seja do TST, caberá Recurso Ordinário Constitucional para o STF, contudo, caso a decisão seja concessiva, será cabível o Recurso Extraordinário, também, para o Pretório *Excelsior*.

### 3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

A fim de demonstrar que o entendimento já se encontra consolidado, colaciona-se alguns entendimentos jurisprudenciais nos quais confirmam, sem sombras de dúvidas, ser a Justiça Especializada a competente para apreciar e julgar mandados de segurança que envolvam matéria relativa à jurisdição trabalhista.

Nessa linha, vejamos os Enunciados provenientes da 1ª Jornada Baiana da Justiça do Trabalho<sup>4</sup> ocorrida no ano de 2005 acerca da nova competência atribuída à Justiça Trabalhista pela EC nº 45 para julgar mandados de segurança. Vejamos:

**15. Critério de definição da competência.** A competência para apreciação de mandado de segurança [...] deixa de ser estabelecida unicamente em razão da autoridade coatora e o ente que suportaria o ônus da sucumbência, passando a ser definido em decorrência da relação de direito material. **(com ênfase no original)**

**16. Mandado de segurança. Competência originária.** É atribuída ao juiz de primeiro grau a competência originária para o julgamento de mandado de segurança, exceto quando a autoridade coatora for órgão da Justiça do Trabalho. **(com ênfase no original)**

Não obstante, no que tange ao mandado de segurança, eis os seguintes entendimentos jurisprudenciais que ajudarão a compreender a nova ordem estabelecida<sup>5</sup>, observe-se:

<sup>4</sup> *Competência: juízes baianos firmam conclusões preliminares.* Disponível em: <[http://ww1.anamatra.org.br/003/00301015.asp?ttCD\\_CHAVE=72042](http://ww1.anamatra.org.br/003/00301015.asp?ttCD_CHAVE=72042)> Acesso em: 2 de out. de 2009.

<sup>5</sup> STJ CC 200300539530 (38802 DF) 3ª S. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima DJU 27.06.2005 p.00222 e TRF 1ª R. AMS 200134000332013 DF 6ª T. Re.1ª Des.ª Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues DJU 25.07.2005 p. 67.



ADMINISTRATIVO MANDADO DE SEGURANÇA ATO ENVOLVENDO MATÉRIA TRABALHISTA SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 ART. 114, INCISO IV, DA CF COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

1. **Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que alterou o art. 114 da Constituição da República, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para apreciar mandado de segurança quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.** 2. A norma referida deve ser aplicada de imediato, tendo em vista o seu cunho eminentemente processual, aproveitados os atos anteriormente praticados, segundo o princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*, que norteia a aplicação das regras processuais. 3. Tratando se de eventual ilegalidade de ato que envolve matéria sujeita à jurisdição trabalhista, impõe se a competência *ratione materiae* da Justiça trabalhista, nos termos constitucionais. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 7ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, suscitante. **(sem ênfase no original)**

MANDADO DE SEGURANÇA REGISTRO SINDICAL COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO CF/88, ART. 114, III (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8.12.2004)

1. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações sobre representatividade sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores e **os mandados de segurança, quando o ato questionado envolver matéria sujeita a sua jurisdição (CF, art. 114, incisos IV e VII, acrescidos pela Emenda Constitucional 45/2004), tendo a alteração de competência aplicação imediata, alcançando processos em curso, caso em que os atos decisórios praticados pelo juízo federal então competente permanecem válidos.** 2. **Declara se a competência superveniente da Justiça do Trabalho para julgamento do recurso.** **(sem ênfase no original)**

Ainda sobre o *writ*, eis algumas das principais orientações jurisprudenciais e, também, Enunciados Sumulares emanados pelo Tribunal Superior do Trabalho que abarcam o instituto tratado neste estudo, senão vejamos:

OJ 138 da SDI – II/TST – Mandado de Segurança – Incompetência da Justiça do Trabalho – Cobrança de honorários advocatícios – Contrato de natureza civil. A Justiça do Trabalho é incompetente para apreciar ação de cobrança de honorários advocatícios, pleiteada na forma do art. 24 §§ 1º e 2º, da Lei 8.906/94, em face da natureza civil do contrato de honorários.

OJ 140 da SDI – II/TST – Mandado de Segurança contra liminar, concedida ou denegada em outra segurança – Incabível. Não cabe mandado de segurança para impugnar despacho que acolheu ou indeferiu liminar em outro mandado de segurança.

En. 33 da Súm. do TST – MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. Não cabe mandado de segurança de decisão judicial transitada em julgado.

En. 414 da Súm. do TST – MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA.

I – A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso.



II – No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio.

III – A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar).

En. 418 da Súm. do TST – MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO.

A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Do suso exposto, não restam dúvidas que a Justiça do Trabalho assumiu plenamente a competência atribuída pela EC nº 45/2004, fato pelo qual e levando em consideração a sua adequada estrutura, ser ela totalmente capaz de garantir uma eficiente prestação jurisdicional.

## CONCLUSÃO

Primeiramente, ante todo o expendido, verifica-se que o alargamento da competência da Justiça do Trabalho, por meio do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 ressaltou a importância do “mandado de segurança trabalhista”, instituto até então comedidamente utilizado devido às restrições ora existentes.

Nessa linha, o *writ*, mecanismo célere criado pelo legislador para hostilizar ato lesivo a direito líquido e certo, se transformou no instrumento posto à disposição de qualquer indivíduo no intuito de controlar o abuso de poder procedente da Administração Pública. Em outras palavras, o mandado de segurança veio garantir proteção e a correta aplicação do direito material previsto em nosso ordenamento jurídico, em especial na CLT, fato que viabilizou consequentemente o princípio do acesso à justiça, cujo qual garante que toda demanda deve ser apreciada pela esfera Judiciária.

Destarte, clarividente que dentre as grandes novidades trazidas pela EC nº 45, a que mais chamou atenção foi aquela que atribuiu expressamente à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar mandados de segurança (artigo 114, IV, da Constituição Federal). Diante disso, a competência antes fixada em razão da qualidade da autoridade pública coatora, agora leva em consideração a matéria objeto da impetração do *mandamus*, devendo ela ser pertinente à jurisdição trabalhista.

Assim, os juízes do trabalho passaram a deter competência para apreciar e decidir mandados de segurança oriundos das relações do trabalho. Contudo, para tanto, deve-se,



também, observar a categoria da autoridade coatora para que haja, assim, a fixação da competência funcional vertical, ou seja, hierárquica.

Posto isso, conclui-se que o advento da EC nº 45 foi determinante para atribuir à Justiça Especializada a competência para julgar mandado de segurança cuja matéria de fundo seja trabalhista, devendo ela então constar em um dos incisos do artigo 114, da Carta Política da República. Nesse sentido, a real importância da inserção do *writ* no âmbito do trabalho é garantir que direitos, em especial os trabalhistas, permaneçam sempre garantidos.

Assim estabelecido, impende destacar que não se procurou esgotar o tema, mas tão somente apresentar algumas questões pontuais no intuito de instigar a reflexão sobre esse instituto posto à disposição daqueles que se deparam com os abusos ou ilegalidades provenientes de atos do Poder Público ou de seus agentes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito Processual do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BUZUID, Alfredo. **Considerações sobre o Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAGUNDES, Seabra Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PARIZATTO, João Roberto. **Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Edipa, 2009.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2009.



TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho – Individual e Coletivo**. São Paulo: LTr, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.





## **A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA IGUALDADE E DA LIBERDADE**

Tallita Cunha de Lima<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Esta pesquisa procura analisar a imprevisibilidade das decisões judiciais que apresenta, dentro de um mesmo contexto fático, soluções díspares para questões análogas. Nessa conformidade, trazem, por consequência, violações aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, sendo que os principais fatores que influenciam no surgimento e/ou no aumento do grau de imprevisibilidade são: o critério subjetivo utilizado pelo julgador, o excesso das leis e a ausência de uniformização jurisprudencial. Tais acontecimentos afetam a estrutura de todo País, pois, os Poderes Estatais, os jurisdicionados, os cidadãos, a economia e o desenvolvimento do País encontram-se diretamente ou indiretamente ligados às decisões judiciais. Com o escopo de solucionar esse impasse, foram criados alguns institutos jurídicos, contudo, ainda há um grande caminho a se percorrer para que haja a cessação ou a real diminuição do grau da imprevisibilidade das decisões judiciais.

Palavras-chave:

Imprevisibilidade; decisão judicial; consequências.

### **INTRODUÇÃO**

Trata-se, a imprevisibilidade das decisões judiciais, do surgimento de julgados díspares em casos semelhantes ou até mesmo idênticos, ou seja, é a falta de sintonia e de uniformização na aplicação do direito.

Araken de Assis<sup>2</sup> defende que a uniformidade na aplicação do direito, tornando razoavelmente previsível o desfecho do processo, representa um bem inestimável ao “comércio jurídico”. Destaca ainda que:

[...] a preocupação com julgamentos uniformes para casos similares sempre existiu em todos os ordenamentos e épocas e interessa à ordem jurídica hígida e justa, mais do que alhures, a erradicação da incerteza quanto ao direito aplicável às lides.<sup>3</sup>

Assim, a previsibilidade das decisões judiciais (que é a utilização dos mesmos critérios para o julgamento de casos semelhantes ou idênticos, a fim de que os cidadãos e jurisdicionados se sintam seguros e sejam tratados de forma igual) deve ser buscada constantemente pelos Poderes Estatais, pois, a imprevisibilidade faz surgir grandes conflitos,

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela FACIPLAC.

Faculdades Integradas do Planalto Central

<sup>2</sup> ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 805.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 805.



tendo em vista que a disparidade de decisões sobre o mesmo assunto não traz conforto nem tranquilidade para os cidadãos usuários ou não do Poder Judiciário.

Os principais fatores que influenciam no surgimento da imprevisibilidade das decisões judiciais são:

a) Critério subjetivo usado pelo julgador. O desacordo sobre uma mesma situação é sinônimo de erro, de falta de racionalidade e de inclusão de critérios subjetivos no momento do julgamento.<sup>4</sup>

Nesse sentido, é imperioso trazer alguns ensinamentos de Piero Calamandrei que, com sua vasta experiência jurídica, pôde vivenciar situações únicas, das quais escolheu compartilhar com seus leitores. Conta que certa vez deparou-se como nunca com a imprevisibilidade das decisões judiciais, quando defendia, no Tribunal de Cassação uma causa relativa a um pretense vício redibitório de um cavalo mordedor. O comprador do cavalo, a parte adversária, sustentava que o cavalo tinha o vício de morder, e pedia, por isso, a resolução contratual; mas o tribunal de apelação não admitia o fato de que o cavalo fosse mordedor e, portanto, rejeitou a ação. O comprador derrotado recorreu da decisão. Isso não preocupou em nenhum momento Calamandrei, pois tinha tanta certeza de que o recurso seria rejeitado (precisamente porque em cassação não podia rediscutir o fato) que na audiência renunciou à palavra.

Levantou-se então o julgador, o qual, contrariamente a expectativa de Calamandrei, declarou que o recurso devia ser acolhido. O espanto de Calamandrei foi tanto que ao final aproximou-se do julgador e falou do quão difícil era para os advogados fazer previsões sobre resultados dos recursos. E o julgador lhe respondeu que contra cavalos mordedores nunca se é bastante severo, pois, certo dia caminhava pela cidade com seu filho quando um cavalo de ar inocente virou-se de repente e deu uma forte dentada no braço de seu pequenino, o qual passou meses sofrendo com a ferida que o cavalo lhe fizera.<sup>5</sup>

Diante desses ensinamentos percebe-se que jamais o julgador poderá valer-se de critérios subjetivos no momento da decisão, pois, se assim o fizer, estará abraçando a imprevisibilidade, a qual é extremamente nociva aos operadores do direito, aos jurisdicionados e ao País.

b) Excesso das Leis. Ainda que seja o Poder Judiciário o responsável por

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>5</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 21.



interpretar as leis, sabe-se que a função de elaborá-las é do Poder Legislativo. Diante disso, surge outro fator causador da imprevisibilidade: o excesso das leis e, conseqüentemente, o grande número de leis casuísticas.

O excesso de leis oferece ao julgador uma mobilidade mais ampla no momento do julgamento, gerando a imprevisão, a ausência de clareza e, conseqüentemente, o surgimento das decisões conflitantes sobre o mesmo tema. Quanto maior o número de leis, maior é o grau de imprevisibilidade nas decisões judiciais, e, no Brasil, existem normas o suficiente para causar incerteza legislativa e conseqüentemente a imprevisibilidade judicial.

Já as leis casuísticas, que são votadas e aprovadas sem a observância da coletividade, visando atingir determinadas pessoas, geram um “tumulto jurídico”, eis que também obrigam os juízes a julgarem de acordo com o calor social e com a opinião da mídia daquele momento. São leis que impedem que a hipótese normativa se reproduza, porque descrevem situações tão particulares que, no momento em que são editadas, já possuem destinatário(s) certo(s).

NORBERTO BOBBIO, ao tratar das características da lei, ressalta que deve haver nas leis a generalidade e a abstração. A generalidade, porque a lei deve disciplinar o comportamento não de uma pessoa, mas da coletividade. E a abstração, porque a lei não deve comandar uma ação, mas uma categoria de ações.<sup>6</sup>

c) Ausência de uniformização jurisprudencial. O terceiro fator que gera e/ou aumenta a imprevisibilidade nas decisões judiciais do País é a ausência de uniformização jurisprudencial, ressalte-se que não por falta de amparo legal, eis que para a unificação de posicionamentos a respeito do mesmo assunto a legislação pátria, além dos enunciados das súmulas dos Tribunais, as quais servem de parâmetro para as demais decisões, apresenta duas importantes figuras, quais sejam, a uniformização de jurisprudência prevista nos artigos 476 ao 479 do Código Processual Civil e os embargos de divergência previsto no art. 546 do referido *codex*, e no art. 105, III, c da Constituição Federal.

A existência de jurisprudência uniformizada resulta na confiança da sociedade quanto aos seus direitos, bem como no conhecimento das normas formais. Diminui, portanto, a provocação do Poder Judiciário, uma vez que, de uma forma ou de outra, já se conhece a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional pretendida.

---

<sup>6</sup> RISPOLI, Adriana Barzotto. *A Uniformização das Decisões pela Súmula Vinculante*. Revista da AGU, ano VI, n. 58 nov. 2006 *apud* BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Itália: Torino, 1979, p. 276.



## **2 DIFERENÇA ENTRE IMPREVISIBILIDADE E ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Como já verificado, a imprevisibilidade das decisões judiciais é a disparidade das decisões em casos iguais. Já a estabilidade jurídica é a estagnação das decisões mesmo com o passar do tempo e mesmo com a evolução da sociedade de um determinado período histórico para outro.

A estabilidade das decisões judiciais nos remete ao conceito de mobilidade social que nada mais é do que uma das características mais importantes das sociedades contemporâneas, e pode ser entendida como a alteração nas condições em que o indivíduo se relaciona com os outros e com a sociedade como um todo.

Há a consciência de que não se pode exigir do Estado a estabilidade das decisões judiciais, eis que conforme a sociedade evolui, mudam-se os pensamentos, os valores e a moral, surgindo, assim, a necessidade de uma renovação das decisões judiciais. Todavia, pode-se exigir do Estado uma previsibilidade destas decisões, pois não se pode admitir que casos iguais, ocorridos no mesmo momento social e histórico, sejam julgados de maneira diferente.

Sobre a necessidade da previsibilidade nas decisões judiciais já se posicionou Vicente Greco Filho: “a ordem jurídica repugna o fenômeno de casos iguais serem decididos de maneira diferente, mas em contrapartida é preciso evitar a estagnação que poderia ocorrer com a uniformização perene”.<sup>7</sup>

## **3 PRINCIPAIS CONSEQÜÊNCIAS DA IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

### **3.1 Violação ao Princípio da Segurança Jurídica**

Conforme leciona José Afonso da Silva, na Constituição Federal a segurança jurídica pode ser entendida em sentido amplo e em sentido restrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção e estabilidade de situação ou pessoa em vários campos. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios

---

<sup>7</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 359.



jurídicos e das decisões judiciais, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.<sup>8</sup>

A idéia de segurança jurídica reconduz-se ao princípio da proteção da confiança, que é o direito que tem os cidadãos de poderem confiar nos atos emanados dos Poderes Públicos, ou seja, é a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos atos do Estado.<sup>9</sup>

Dessa forma, é fácil perceber que com a imprevisibilidade das decisões judiciais, além da violação ao princípio da segurança jurídica, há, conseqüentemente, violação ao princípio da proteção da confiança, o qual, em suma, traduz a idéia de que o cidadão tem o direito de confiar nos atos emanados dos poderes públicos.

Cumpra analisar que com a violação ao princípio da segurança jurídica há também uma afronta ao princípio da moralidade e, conseqüentemente, ao princípio da boa-fé e, por sua vez, ao princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*. Vejamos.

Sabe-se que a moralidade deve estar presente em todos os atos do Poder Público, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. As atividades dos agentes públicos devem, além de traduzir em a vontade de obter o máximo de eficiência, terão ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence<sup>10</sup>. Assim, tanto infringe a moralidade o agente que para atuar foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional ou jurídica<sup>11</sup> (o que ocorre quando um aplicador do direito julga casos idênticos de formas desiguais).

Destarte, no momento em que o Estado-Juiz profere decisões díspares acerca do mesmo assunto está atentando contra o princípio da moralidade, eis que além de prejudicar diretamente alguns jurisdicionados e operadores do direito, está deixando de dar a um ou a outro um direito que a lei lhe confere, pois, conforme já dito anteriormente, é impossível haver duas decisões divergentes sobre o mesmo assunto sem que uma esteja desamparada legalmente, sob a ótica jurídica, ou irracionalmente sob a ótica filosófica.

---

<sup>8</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Brasília: Fórum, 2005. p. 17.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 257.

<sup>10</sup> Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que é seu - *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere; neminem non laedere; suum quique tribuere*. (Enio Domitius Ulpianus).

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.



É certo que a imprevisibilidade das decisões jurídicas traduz um comportamento contraditório do julgador que acaba por violar o princípio da moralidade. Nesse sentido, importante ressaltar que, no Direito Privado, há a proibição de comportamento contraditório, adotando-se, para tanto, o princípio da proibição do *venire contra factum proprium*, o qual obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. Ou seja, há a proibição de inesperada mudança de comportamento (vedação de comportamentos incoerentes), para não atingir a tutela jurídica da confiança das partes envolvidas<sup>12</sup>, eis que isso ofenderia fatalmente a boa-fé.

Hely Lopes Meirelles entende que:

A moralidade se compara à boa-fé objetiva do Direito Privado, na qual é vista como uma norma de comportamento leal ou um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, ao qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade.<sup>13</sup>

Diante disso, como a moralidade e a boa-fé possuem os mesmos objetivos, cumpre afirmar que, cada vez que o Estado-Juiz decide o mesmo assunto de maneira diferente, vai contra fato próprio, atentando contra o princípio do *venire contra factum proprium*, eis que este se encontra na boa-fé objetiva do Direito Privado, que por sua vez, se compara à moralidade prevista no Direito Público. Assim, cada vez que o Estado-Juiz julga de maneira diversa causas idênticas atenta contra o princípio da moralidade administrativa e seus desdobramentos.

É certo que todos os agentes públicos devem agir pautados de moralidade e de boa-fé, não podendo, jamais, agir contraditoriamente, mas sempre objetivando a não violação dos princípios constitucionais da proteção da confiança, da segurança jurídica e da moralidade.

Nas palavras do Ministro José Augusto Delgado, o princípio da moralidade sempre deve ser observado para assegurar a segurança jurídica:

A segurança jurídica representa confiabilidade no Sistema Legal aplicado, o qual deve traduzir ordem e estabilidade, com base na observância dos princípios da igualdade, da legalidade e da moralidade [...], e da não mudança injustificada de orientação jurisprudencial.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 517.

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

<sup>14</sup> DELGADO, José Augusto. *A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e seus Reflexos na Segurança Jurídica*. Disponível em:

<<https://www.stj.gov.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES>>. Acesso em: 03 de jan. de 2008.





Assim, é patente afirmar que a imprevisibilidade das decisões judiciais que assola nosso ordenamento jurídico viola o princípio constitucional da segurança jurídica que reflete também numa violação aos princípios da proteção da confiança e da moralidade.

### **3.2 Violação ao Princípio da Igualdade**

A igualdade de todos os seres humanos deve ser compreendida em igualdade material e igualdade formal<sup>15</sup>. Entende-se por igualdade material o tratamento equânime e uniformizado para com todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que tange às possibilidades de concessão de oportunidades. Contudo, mesmo sendo humanitária e desejável, a idéia de igualdade material nunca se caracterizou em uma sociedade. Logo, a igualdade que mais interessa ao operador do direito é a igualdade formal, que é aquela prescrita pela lei, ou seja, é a igualdade concedida aos cidadãos através dos textos legais.

A respeito da igualdade formal, que como já dito, é a que nos interessa, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”. Leciona ainda que “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais”.<sup>16</sup>

Desta forma, percebe-se que, quanto mais há a imprevisibilidade das decisões judiciais, mais se viola o princípio da igualdade, eis que, enquanto um litigante tem seu pleito julgado procedente, outro que se encontra na mesma situação jurídica tem seu pleito julgado improcedente.

### **3.3 Violação ao Princípio da Liberdade**

No contexto em que estamos estudando, a liberdade está presente em uma sociedade quando cada um sabe o resultado dos seus atos e as conseqüências de suas ações. Assim, o cidadão tem o direito de saber quais normas serão aplicadas e como serão aplicadas, ao menos

---

<sup>15</sup> Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 225 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 12.



em tese, pois a liberdade de interpretação do magistrado não pode jamais afetar a liberdade do jurisdicionado, que é totalmente violada quando não tem condições de saber as conseqüências de seus atos.

Por isso, há a necessidade de buscar decisões judiciais homogêneas, pois, assim, os cidadãos poderão planejar suas vidas ao saber como as leis serão aplicadas, em tese.

Diante disso, percebe-se que a imprevisibilidade das decisões judiciais viola, também, a liberdade dos cidadãos no momento em que estes não possuem conhecimento dos resultados e conseqüências dos atos que assumem perante a sociedade, como por exemplo, os resultados e conseqüências ante a celebração de um simples contrato.

### **3.4 A Economia do País ante a Imprevisibilidade das Decisões Judiciais**

Não podemos deixar de mencionar, mesmo que em breves palavras, o mal que a imprevisibilidade das decisões judiciais traz à economia do País.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de qualquer país, pois ao invés de investidores de longo prazo, a imprevisibilidade acaba por atrair especuladores, interessados somente em aportar seus capitais a curtíssimo prazo.<sup>17</sup>

A ausência de previsibilidade nas decisões judiciais distorce a economia ao elevar o risco e incerteza, desencorajando que os investidores utilizem seus capitais em empreendimentos complexos e arriscados.

Destarte, podemos concluir que não há qualquer benefício com a imprevisibilidade das decisões judiciais, eis que esta começa por violar princípios baldrames de um Estado de Direito (segurança jurídica, igualdade e liberdade) e acaba afetando a economia de todo o País. Prejudicando, assim, não só os jurisdicionados e os operadores do direito, mas também todos os cidadãos, tendo em vista que dependem diretamente da economia do País para sobreviverem, e, ainda, grandes investidores, pois se vêem impedidos de aplicar capitais em um País que não possui nenhuma previsibilidade em suas decisões judiciais.

---

<sup>17</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *A Justiça Desequilibrando a Economia*. Disponível em: <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=354>>. Acesso em: 20 de jul. de 2008.



#### **4 ALTERNATIVAS PARA A CESSAÇÃO OU DIMINUIÇÃO DO GRAU DA IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Com o intuito de solucionar os problemas causados pela imprevisibilidade das decisões judiciais, surgiram várias tentativas de combate a essa prática. No entanto, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, o Poder Legislativo juntamente com o Poder Judiciário vem criando e aplicando institutos jurídicos que buscam trazer maior efetividade no combate a essa imprevisibilidade, quais sejam:

a) **Súmulas Vinculantes.** A expressão “súmula vinculante” significa o mesmo que súmula da jurisprudência predominante do Tribunal, com efeito vinculante<sup>18</sup>. Estão previstas no art. 103-A da Constituição Federal, que por sua vez encontra-se regulamentado pela Lei n. 11.417 de 19 de dezembro de 2008.

Essas súmulas têm um efeito unificador no direito brasileiro, eis que vincula os demais tribunais e até mesmo os órgãos administrativos, o que confere coerência e credibilidade ao sistema judiciário do país. É um instrumento criado para dar celeridade aos processos e para desafogar as instâncias superiores quanto à questões já decididas; para tornar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal acessível a todos os cidadãos; enfim, a racionalizar o sistema jurídico. Entretanto, entre suas maiores virtudes está a realização dos princípios constitucionais mais relevantes do Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade. Segurança jurídica, porque há uma convicção da decisão a ser dada em casos reiteradamente julgados, sem precisar recorrer até a última instância. Igualdade, porque os que estiverem na mesma situação terão um mesmo julgamento, excluindo do sistema jurídico decisões contraditórias sobre teses jurídicas idênticas. E Liberdade, pois os cidadãos vão saber quais as conseqüências dos seus atos, podendo planejar suas vidas ao saber como as leis serão aplicadas.

Enfim, tendem a devolver ao Judiciário a credibilidade, no momento em que causas semelhantes, inúmeras vezes postas em litígio, forem decididas da mesma maneira, o que traz coerência e estabilidade ao sistema jurídico.

b) **Julgamento Antecipadíssimo da Lide.** O art. 285-A, conhecido como

---

<sup>18</sup> TAVARES, Andre Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. *As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 172.

juízo antecipadíssimo da lide<sup>19</sup>, definiu um mecanismo inédito em nosso sistema processual, vez que não apenas autorizou o julgamento liminar do mérito, mas permitiu que tal sentença seja prolatada tomando por base tão-somente outros julgamentos havidos em ações em que se tenha apreciado a mesma tese jurídica. Sendo que a sentença será prolatada antes mesmo de se ter a citação do réu, que, por sua vez, será o integral vencedor da demanda, caso o autor não opte por recorrer.

Assim, o que se busca com o citado dispositivo, além da celeridade e da efetividade processual, nada mais é do que uniformização dos julgados da primeira instância.

A aplicação efetiva do art. 285-A do CPC traz segurança jurídica, pois há a certeza de que o entendimento do julgador não mudará de um dia para o outro; igualdade, pois todas as pessoas que passam pela mesma situação jurídica não têm suas causas julgadas de forma díspares; e liberdade, pois há a percepção das conseqüências dos atos praticados.

Da mesma forma o § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, o qual foi inserido pela Lei 11.276 no dia 8 de fevereiro de 2006, além de objetivar a celeridade e efetividade processual, visa também uniformizar as decisões dos Tribunais, eis que, se já existe súmulas sobre o assunto nos tribunais superiores, não há por que os tribunais de segundo grau decidirem de maneira divergente.

Ressalte-se que o referido parágrafo primeiro não foi novidade em nosso sistema processual, eis que foi inserido conforme o já disposto pelo artigo 557 do mesmo *codex*, sendo que a abrangência deste não alcançava os Tribunais Estaduais assim como alcança o § 1º do art. 518 do CPC.

c) **Repercussão Geral.** A repercussão geral é um pressuposto recursal em que a relevância da matéria constitucional abordada no referido recurso é analisada sob um diferente ângulo, qual seja, em função do modo como o julgado recorrido repercutirá na sociedade e não na esfera de interesse do litigante. Está disciplinada nos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo civil.

Segundo matéria publicada no site do próprio Supremo Tribunal Federal, as finalidades da repercussão geral são as de delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários e; uniformizar a interpretação jurisprudencial sem exigir que o STF

---

<sup>19</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide. *Revista de Processo*, n° 141, ano 31, nov/2006, p. 163.



decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.<sup>20</sup> Ou seja, busca-se, mais uma vez, garantir uma decisão uniforme para casos idênticos.

d) Lei Impeditiva dos Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça. A Lei 11.672 inseriu o art. 543-C no Código de Processo Civil, com o escopo de ‘desafogar’ o Poder Judiciário com a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

É nítido que o procedimento dos recursos repetitivos tem o mesmo objetivo da repercussão geral (pressuposto recursal do Recurso Extraordinário), qual seja, tornar mais criterioso o acesso de determinadas questões a serem apreciadas pelo STJ e unificar ao máximo os julgados.

## 5 SUGESTÕES

Muito embora, não sejam poucos os esforços empreendidos para solução do problema (conforme restou demonstrado nos institutos supracitados), há a necessidade de medidas de integração entre os três Poderes Estatais com o Ministério Público, a fim de que a imprevisibilidade das decisões judiciais possa ser fortemente combatida.

A primeira atitude a ser tomada pelo Poder Judiciário é a conscientização de cada julgador de que algumas vezes precisarão se curvar a entendimentos divergentes dos seus a fim de que a uniformização seja alcançada, já que alguns julgadores não se desvinculam totalmente de critérios subjetivos no momento do julgamento. “Insuspeitadas e remotas vicissitudes pessoais ou familiares derivam com freqüência as opiniões dos juízes e a sorte dos réus”.<sup>21</sup>

Sobre a necessidade da uniformização das decisões judiciais, o professor José Carlos Barbosa Moreira nos ensina que “a unidade do Direito se intensifica com a evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais e evita que a sorte dos litigantes fique na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão”.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Repercussão Geral. Apresentação. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 12 de jan. de 2009.

<sup>21</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 20.

<sup>22</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. ed. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4-5.



Juntamente com o Poder Judiciário, ante ao combate à imprevisibilidade das decisões judiciais, deve estar o Poder Legislativo ao evitar a edição de grandes números de leis, bem como a edição de leis casuísticas, eis que, como já explicado são, também, causas de imprevisibilidade, já que com grande número de leis o aplicador dessas leis ganha uma mobilidade bem maior para o julgamento.

A simplicidade e a clareza das leis previnem grandes números de demandas e, conseqüentemente decisões díspares. Somente com a edição de leis que são realmente necessárias e de leis sem destinatário especial, os princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade estarão totalmente garantidos.

Em colaboração com esses dois Poderes, o Poder Executivo deve colaborar constantemente pela cessação ou diminuição do grau da imprevisibilidade das decisões judiciais com a diminuição das Medidas Provisórias.

A Medida Provisória é um ato unipessoal do Presidente da república, tem força de lei e tem a natureza de Decreto Executivo com eficácia imediata. É certo que a Constituição Federal veda a edição destas sobre determinados assuntos, contudo, não é isso que gera segurança aos cidadãos, eis que a qualquer momento o Presidente da República pode editar uma Medida Provisória com efeitos imediatos capaz causar transtornos não só nas decisões judiciais, mas também no País inteiro. Neste mesmo sentido não podemos deixar de citar o caso do seqüestro das poupanças populares o qual se deu através de uma Medida Provisória editada pelo Presidente da República daquela época (Fernando Afonso Collor de Mello).

Deve-se reduzir a edição das Medidas Provisórias no Brasil, a fim de se garantir a democracia do estado, bem como dos princípios garantidos aos cidadãos.

Por outro lado, o Ministério Público deve assumir sua posição de fiscal da lei também para buscar a previsibilidade das decisões judiciais juntamente com os três Poderes do Estado. Se o Ministério Público tem o dever institucional de fiscalizar a lei tem a obrigação de observar mais ativamente os abusos sofridos pelos cidadãos devido à imprevisibilidade das decisões dos juízes.

O art. 1º da Lei Complementar n. 75 de 1993, dispõe que ao Ministério Público incumbe à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis.





Para a busca da previsibilidade das decisões judiciais, a Lei Complementar n. 45, prevê em seu art. 6º, incisos VII, *a*; e XIV, o inquérito civil, a ação civil pública e “outras ações necessárias”.

Assim, é patente afirmar que nos limites de suas atribuições cabe ao Ministério Público, incrementar o processo de democratização, atuando comunitariamente na organização e concretização da sociedade civil, questionando os padrões da efetividade no ordenamento jurídico, denunciando as violações aos princípios que garantem a ordem jurídica, ainda mais, quando estes princípios estão previstos na Constituição da República, como é o caso dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade.

## CONCLUSÃO

Destarte, percebe-se que a imprevisibilidade das decisões judiciais não é um simples problema jurídico, pois, afeta desde o cidadão usuário ou não do Poder Judiciário à economia do País, tornando-se, assim, causa aumentativa dos conflitos judiciais e sociais e de intranquilidade no País.

Muito embora, não sejam poucos os esforços empreendidos para solução desse problema, há a necessidade de medidas de integração entre os três Poderes Estatais com o Ministério Público, pois, quem não sabe onde o caminho vai dar, não tem por que querer caminhar, a não ser que queira apenas, como ensina Geraldo Vandré, seguir “caminhando e cantando e seguindo a canção”.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A Justiça Desequilibrando a Economia**. Disponível em: <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=354>>. Acesso em: 20 de jul. de 2008.



DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica.** Disponível em: <<https://www.stj.gov.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES>>. Acesso em: 03 jan. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – teoria geral.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide.** Revista de Processo, nº 141, ano 31, nov/2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 16 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. (v. 5)

**REPERCUSSÃO Geral.** Apresentação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 12 de jan. de 2009.

RISPOLI, Adriana Barzotto. **A Uniformização das Decisões pela Súmula Vinculante.** Revista da AGU, ano VI. n. 58 nov. 2006 *apud* BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico.* Itália: Torino, 1979.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada.** Brasília: Fórum, 2005.

TAVARES, Andre Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. **As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio.** São Paulo: Saraiva, 2000



**UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL**  
**FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL –**  
**FACIPLAC**  
**Aprovadas pela Portaria SESu/MEC Nº 368/08 (DOU 20/05/2008)**

**RÔMULO LOPES MARQUES**

**APLICABILIDADE DO *RECALL* NO DIREITO BRASILEIRO:**  
**CONTROLE DO MANDATO PARLAMENTAR PELA VONTADE DO**  
**ELEITOR**

Gama-DF  
Junho de 2011.

**RÔMULO LOPES MARQUES**

**APLICABILIDADE DO *RECALL* NO DIREITO BRASILEIRO:  
CONTROLE DO MANDATO PARLAMENTAR PELA VONTADE DO  
ELEITOR**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC.

Orientador: Prof. Esp. Francisco Moreira da Cruz Filho

Gama-DF  
Junho de 2011.



UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL  
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL –  
FACIPLAC  
Aprovadas pela Portaria SESu/MEC Nº 368/08 (DOU 20/05/2008)

## TERMO DE APROVAÇÃO

**RÔMULO LOPES MARQUES**

### **APLICABILIDADE DO *RECALL* NO DIREITO BRASILEIRO: CONTROLE DO MANDATO PARLAMENTAR PELA VONTADE DO ELEITOR**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC.

Examinadores:

---

Prof. Esp. Francisco Moreira da Cruz Filho

---

Examinador 1

---

Examinador 2

Gama-DF  
Junho de 2011.

A Deus.



## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, em primeiro lugar, por toda a força de que sempre dispus em minha vida, vinda, certamente, de Seu amor por mim.

À minha esposa, Erika, e minha filha, Mariana, luzes da minha vida; fontes inesgotáveis de ternura e amor.

Aos meus pais, Douglas e Solange, por todos os ensinamentos, desde o meu primeiro dia de vida até meus últimos passos sozinho.

Aos meus irmãos, amigos e familiares por todo apoio e companheirismo.

A todos os professores anteriores à minha vida acadêmica, por formarem a base do meu conhecimento, preparando-me para estar sempre pronto para adquirir mais e mais conhecimento.

A todos os professores que conheci na faculdade, em especial os que me ajudaram diretamente na confecção deste trabalho, Isolda Bezerra e Francisco Cruz, e também indiretamente, ao despertar em mim o interesse pelo tema escolhido, Rodrigo Freire.

Ao Deputado Federal Reguffe (PDT/DF), pela ajuda prestada com informações e diálogos.

“O conhecimento nos faz responsáveis.”

Ernesto Che Guevara

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa explicar o instituto denominado *Recall* como instrumento de controle do mandato parlamentar e abordar sua aplicabilidade no Direito Brasileiro, estudando-se para tanto o conceito, a natureza jurídica e seus fundamentos, bem como a diferença básica entre *Recall* e *Impeachment*. Imergiu-se nos antecedentes do instituto, tanto em plano internacional quanto em plano nacional, e, com um apurado estudo bibliográfico e análise crítica apoiada nos princípios democráticos do Direito, o objetivo central do presente estudo reside em compreender os fatores que obstam a implantação deste instrumento no ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, os argumentos que possibilitariam o seu efetivo exercício no Brasil, estudo este de primordial relevância para o exercício pleno da soberania popular.

**Palavras-chave:**

Ciência Política; *Recall* Constitucional; Democracia Representativa; Soberania Popular; Mandato Representativo; Democracia Participativa.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>I <i>RECALL</i> – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS</b> .....	11
1.1 <i>Recall</i> : Noções introdutórias.....	11
1.1.1 Conceito .....	11
1.1.2 Natureza Jurídica do Mandato .....	12
1.1.3 Fundamentos Jurídicos .....	16
1.2 <i>Impeachment</i> no Direito Brasileiro .....	18
1.2.1 Noções Introdutórias .....	18
1.2.2 Diferença entre <i>Recall</i> e <i>Impeachment</i> .....	20
<b>II APLICABILIDADE DO <i>RECALL</i> NO BRASIL</b> .....	21
2.1 Antecedentes .....	21
2.1.1 Direito Comparado .....	21
2.1.2 Quadro Fático no Direito Brasileiro .....	24
2.2 <i>Recall</i> na Carta Magna.....	26
2.2.1 Da Proposta de Emenda Constitucional nº 73/2005.....	26
2.2.2 Da Proposta do Deputado Federal José Antônio Reguffe (PDT/DF) .....	29
<b>III ANÁLISE CRÍTICA</b> .....	31
3.1 Princípios que autorizam a implantação do <i>Recall</i> no Brasil.....	31
3.1.1 Princípio Democrático .....	32
3.2 Argumentos Favoráveis.....	34
3.3 Argumentos Contrários.....	38
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	41
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	43

## INTRODUÇÃO

No atual ordenamento jurídico do Brasil, o mandato parlamentar não sofre qualquer tipo de controle pelos seus outorgantes – o povo, detentor soberano do poder.

A Soberania Popular, que determina que o povo tem o direito de se manifestar diretamente em assuntos de seu interesse, encontra seu limite no mandato parlamentar, pois, uma vez escolhido, o eleito não fica vinculado aos eleitores, não tendo aquela obrigação jurídica com a vontade deste.

Existem hoje em nosso ordenamento jurídico algumas formas de destituição do mandato parlamentar, contudo, todas são baseadas em princípios de democracia semi direta, onde os representantes do povo decidem acerca da revogação do mandato de um outro representante.

É o caso do *impeachment*. Instituto que revoga o mandato parlamentar de seu detentor, este não é de iniciativa popular. Trata-se de um processo desencadeado e motivado por um órgão do poder legislativo.

Apesar de algumas tentativas, a implantação no Direito Brasileiro de um controle do mandato parlamentar pela vontade do eleitor mostrou-se incapaz de superar a vontade pessoal dos representantes do povo. Países como os Estados Unidos adotam tal instrumento em seu ordenamento jurídico.

Para minar o pouco de interesse que os eleitores poderiam ter em verificar e acompanhar o exercício do mandato outorgado aos eleitos, a longevidade de um mandato no Direito Brasileiro pode ser considerada um exagero se comparada ao próprio Estados Unidos.

Além disso, existe uma irresponsabilidade política, onde os atos dos representantes do povo não dependem de aprovação de seus representados. Ou seja, o eleito, que assim o foi para representar a vontade de seu eleitor, não obedece necessariamente a vontade que o elegeu.

Amparado em princípios da democracia direta, o *Recall* surgiria para preencher essa lacuna existente entre representante e representado, trazendo maior legitimidade e promovendo uma aproximação do Estado com o povo, além de melhoria da educação política e aumento da participação popular no governo.

O Brasil adota um sistema de democracia mista, ou democracia semi direta, onde há a participação direta do povo somente em alguns casos específicos – referendo, por exemplo –, valendo-se, nos demais casos, de uma democracia representativa.

A Constituição Federal é baseada em princípios de ambos os tipos de democracia: direta e representativa. Resta, portanto, uma análise crítica a se fazer, avaliando, com base nesses princípios, a aplicabilidade do *Recall* como instrumento de controle do mandato parlamentar pela vontade do povo.

# I **RECALL**: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

## 1.1 **Recall**: Noções introdutórias

### 1.1.1 Conceito

O conceito de *recall* vem da língua inglesa; é a revogação de um mandato eletivo, feita diretamente pelo povo, diante da insatisfação com o desempenho do representante eleito. É o que entabula Maria Helena Diniz:

*Recall*. 1. Termo inglês. Revogação. 2. Ciência Política e direito comparado. a) Remédio outorgado aos eleitores dos EUA para que, por meio de uma eleição especial, votem na substituição de um titular dos poderes do Estado, antes do término do prazo para o qual foi eleito, em razão de prática de ato censurável, revogando, assim, seu mandato (Othon Sidou) (DINIZ, 1998, p. 50).

Nesse instituto, a revogação se dá através de uma manifestação direta de parte dos eleitores e põe termo ao mandato eletivo. É o que se observa nas definições de Osvaldo Ferreira de Melo:

**RECALL** - Na legislação de alguns Estados-Membros da Federação Norte-americana, instituto através do qual é possível uma parte do corpo de eleitores revogar o mandato de alguém que ocupa cargo eletivo (v. revogação).

**REVOGAÇÃO** - 1. Decisão tornando insubsistente uma lei ou um decreto. 2. Nas democracias semidiretas, mecanismos pelo qual os eleitores podem, através de manifestação direta, por termo a um mandato eletivo (v. *Recall*) (MELO, 1978, p. 110 e p. 113).



O instituto do *recall* é utilizado para que o corpo eleitorado possa destituir um mandato eletivo por qualquer motivo, desde que o exercício de tal mandato não esteja agradando a população.

Tal revogação, nos Estados Unidos, acontece de forma individual, ou seja, os eleitores podem avaliar apenas um dos eleitos, e decidirem pela revogação de seu mandato. Já na Suíça, através de instrumento semelhante, denominado *Abberufungsrecht*, é possível que seja votada a revogação de toda a assembleia eleita.

Adotando a aceção de revogação individual, podemos consignar as palavras de Paulo Bonavides (2000, p. 292), que conceitua o *recall* como sendo “forma de revogação individual. Capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”.

Em síntese, *Recall* é um instrumento nas democracias semidiretas que outorga ao eleitorado, através de participação direta, o poder de revogar o mandato eletivo de um membro do corpo eleito.

Segundo explica Bonavides (2000, p. 292), o processo do *recall* tem seu início com o envio de uma petição assinada (em geral) por 10% dos eleitores que contenha ilustrada a insatisfação com o representante que perdeu o apoio e ganhou desconfiança popular. Tal petição serve como intimação para que o eleito se demita do exercício de seu mandato.

Caso a demissão não aconteça dentro de um determinado prazo, realiza-se uma votação, que pode ocorrer simultaneamente à escolha de um novo representante. Sendo aprovada a petição solicitando a destituição do mandato eletivo, o eleito tem seu mandato revogado; não sendo aprovada, este se considera eleito para novo período.

### **1.1.2 Natureza Jurídica do Mandato**

A natureza jurídica do mandato está amparada no princípio da democracia, e pode variar entre o caráter representativo e o caráter imperativo, consoante a democracia seja liberal ou social.

Paulo Bonavides faz a diferenciação entre o caráter representativo e o caráter imperativo do mandato, explicando que este somente assim o é pelo rigor da linguagem política:

Com a democracia liberal (doutrina da soberania nacional) o mandato foi rigorosamente representativo. Com a democracia social (doutrina da soberania popular), permanece ele formal ou nominalmente representativo, mas o fundo, a matéria, a substância do mandato se alteram consideravelmente. [batizando-o] de imperativo na democracia social contemporânea (BONAVIDES, 2003, p. 158).

A doutrina da soberania nacional se contrapõe à da soberania popular quanto à origem e a titularidade da soberania; enquanto na soberania popular cada indivíduo da nação possui uma fração da soberania, na soberania nacional existe um único ser soberano: a nação.

Rousseau (1999, p. 73-74) explica que o poder soberano tem origem na soberania que cada membro do estado possui, e esta soberania é igual em todos; ou seja, em um Estado composto por dez mil cidadãos, cada membro tem a décima milésima parte do poder soberano.

Bonavides (2003, p. 130) explica que a igualdade política dos cidadãos é a fundamentação dessa doutrina. Em sentido contrário, Darcy Azambuja cita *Bigne de Villeneuve* em sua crítica à origem da soberania:

As doutrinas que consideram a nação como origem da soberania partem do postulado de que os homens são iguais e que, portanto, têm todos igual direito a exercer o poder. Não havendo razão alguma para admitir que a soberania pertença a um indivíduo, a uma família ou a um grupo, pois que todos são iguais, então a soberania reside na multidão, no povo, no conjunto de todos os cidadãos (AZAMBUJA, 1999, p. 71).

O mesmo autor (1999, p. 86-87) explica que “a consequência necessária da teoria que considera a nação como titular da soberania [democracia liberal], e não o Estado, seria que à nação cabe a primeira e a última palavra na direção do Estado”, e apresenta, em seguida, a consequência necessária da democracia social, fazendo, por fim, a distinção entre a primeira, através da teoria liberal, e a segunda, através da teoria absolutista do estado:

O corolário forçoso da teoria da soberania do Estado é que só ao Estado cumpre decidir e agir soberanamente, não tendo, o povo ou a nação mais do que as competências restritas que lhes são distribuídas pela Constituição do Estado e que se resumem em eleger determinadas autoridades. A primeira, portanto, é uma teoria liberal, a segunda cria o absolutismo do Estado (BONAVIDES, 1999, p. 86-87).

O ato de eleger determinadas autoridades para que o Estado possa agir soberanamente é a base da democracia indireta, onde o povo elege seus representantes, e é caracterizada pelo sistema representativo, de onde se extrai o mandato representativo.

Paulo Bonavides (2003, p. 272), parafraseando as palavras de Montesquieu, lembra: “o povo era excelente para escolher, mas péssimo para governar”. Surge então a necessidade de representantes.

Rousseau rechaça essa ideia afirmando que:

A soberania não pode ser representada pela mesma maneira que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma ou é outra (ROUSSEAU, 1999, p. 114).

A democracia semidireta ou participativa surge apoiada nos dizeres de Rousseau, que defendia a democracia direta, e de Montesquieu, defensor da democracia indireta, fazendo-se, portanto, mista. É bem definida por Darcy Azambuja:

Trata-se de uma aproximação da democracia direta. É um sistema misto, que guarda as linhas gerais do regime representativo, porque o povo não se governa diretamente, mas tem o poder de intervir, às vezes, diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais (AZAMBUJA, 1999, p. 218).

As intervenções feitas diretamente pelo povo nas democracias participativas são o *referendum*, a iniciativa popular e o veto popular. Ocorre o *referendum* no Brasil quando: o corpo eleitoral pronuncia-se sobre a conveniência ou não de uma lei a ser elaborada pelo Congresso – chamado de plebiscito –, ou; ocorre consulta posterior à elaboração da lei – chamado de *referendum* deliberativo.

Na iniciativa popular o Parlamento se vê obrigado a discutir e votar uma lei elaborada por certo número de eleitores. Este é o instrumento que mais se aproxima da democracia direta.

Já o veto popular pressupõe que, caso uma lei já feita pelo Congresso Nacional e que não tenha sido referendada for repudiada pelo povo, tendo-se o veto, ela não adquire obrigatoriedade.

Existe nos mandatos representativos semidiretos a possibilidade de revogação. Essa possibilidade não é aceita nos mandatos representativos clássicos, pois estes são dotados de *generalidade*, *liberdade*, *independência* e *irrevogabilidade*.

A *generalidade* prega que o mandatário não representa somente a parcela populacional que o elegeu, mas toda a nação; a *liberdade* dá autonomia no exercício desse mandato, não havendo necessidade de se consultar a população previamente a cada ato praticado; a *independência* faz com que os atos praticados pelo eleito não dependam de ratificação por parte do mandante.

Essas características consagram uma desvirtuação entre estes e os princípios gerais do mandato no Direito Civil. Rui Barbosa defendeu a aplicação dos princípios gerais também em Direito Constitucional, bem como de um controle mais efetivo, via prestação de contas do eleito para com o eleitor:

Esse mandato é nacional. Quem confere é a nação, que elege os membros do Congresso. Ora, do mandato resulta, para o mandante, o direito de tomar contas de seus mandatários, e, para os mandatários, o dever de as prestarem. Dever é, portanto, do mandatário responder ao mandante pela maneira como cumpriu o mandato. Dever é, logo, do membro do Congresso Nacional, responder à nação pelo modo como exerce as funções legislativas. (Rui Barbosa – Petição de *Habeas-corpus*, in Re. do Supremo Tribunal, vol. 1, n.º 2, pag. 259)

A reclassificação do mandato, adotando as características gerais do Direito Civil, seria a porta de entrada para o instituto da revogação, além de mais um instrumento da democracia participativa, atingindo-se, então, a estabilidade democrática.

### 1.1.3 Fundamentos Jurídicos

O poder de representação popular decorre do regime de governo democrático, *direto* ou *semidireto*, onde a vontade do povo é o que rege o governo.

Essa vontade, exercida de forma indireta, através dos representantes populares, recebe o nome de *democracia indireta* ou *democracia representativa* – ou até *democracia semidireta*, que é a democracia indireta com institutos de participação direta.

Segundo José Afonso da Silva, a necessidade de escolha de representantes populares para que a vontade do povo seja exercida decorre de vários fatores:

Democracia indireta, chamada democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente (DA SILVA, 2009, p. 136).

O instrumento pelo qual o povo elege alguém que possa decidir as questões de governo em seu nome, exercendo-se a vontade popular, é o mandato. O mandato pode ser imperativo ou representativo.

O mandato imperativo exige que haja uma responsabilidade do mandatário para com a vontade do mandante; os atos do representante devem estar de acordo com os desejos do representado.

Nesse sentido, temos o comentário de Paulo Bonavides:

O mandato imperativo, que sujeita os atos do mandatário à vontade do mandante; que transforma o eleito em simples depositário da confiança do eleitor e que 'juridicamente' equivale a um acordo de vontades ou a um contrato entre o eleito e o eleitor e 'politicamente' ao reconhecimento da supremacia permanente do corpo eleitoral (BONAVIDES, 2000, p. 262).

Segundo explica Leib Soibelman (1986, p. 306) em sua definição de mandato imperativo, a responsabilidade existente entre o representante eleito e a vontade do representado permite com que o mandato seja revogado a qualquer tempo: Mandato Imperativo. (Direito Constitucional). Mandato concedido pelo povo a um

representante e que pode ser retirado no momento que os eleitores assim entendam.

Celso Ribeiro Bastos (1994, p. 181) vai além, e acrescenta que “qualquer posição assumida pelo eleito contra a vontade do eleitor é nula e de nenhum efeito”. Explica, ainda, que o Estado liberal não adotou essa teoria, preferindo o mandato representativo, onde o eleito tem autonomia para decidir.

José Afonso da Silva, explica que o titular deste mandato ficava vinculado aos seus eleitores, tendo seguir suas instruções nas assembleias parlamentares, e define o mandato imperativo como sendo:

Um contrato pelo qual o outorgante confere ao outorgado poderes para representá-lo em algum negócio jurídico, praticando atos em seu nome, nos termos do respectivo instrumento (procuração); nele o mandatário fica vinculado ao mandante, tendo que prestar contas a este, e será responsável pelos excessos que cometer no seu exercício, podendo ser revogado quando o mandante assim desejar (DA SILVA, 2009, p. 138).

Max Weber divide em quatro as espécies de representação, e classifica o mandato imperativo como sendo a representação vinculada; e explica:

Representantes eleitos (ou determinados por rodízio, sorteio ou outros meios semelhante), cujo poder representativo é limitado interna ou externamente por mandato imperativo e direito de revogação, e vinculado dos representados (WEBER, 1994, p. 193).

Após a Revolução Francesa de 1789, onde se teve o surgimento da ideia do sufrágio universal, ou seja, o direito de todos os cidadãos ao voto, o mandato imperativo foi sendo substituído gradualmente pelo mandato representativo.

No mandato representativo, diferentemente do que ocorre no mandato imperativo, não existe qualquer responsabilidade do representante para com a vontade do representado. Após eleito, aquele estaria livre para agir de forma autônoma.

Para José Afonso da Silva (2009, p. 139), o mandato representativo é uma criação do Estado liberal burguês, que buscava manter a distinção entre Estado e sociedade e tornar abstrata a relação entre povo e governo. O mesmo autor acrescenta que o representante não se vincula à vontade do representado por não se tratar de uma relação contratual.

Esse modelo de governo é criticado por Rousseau (1999, p. 114), que afirma que a vontade não pode ser representada, e os deputados, não sendo representantes da vontade, são somente comissários, e nada podem concluir definitivamente.

Rousseau (1999, p. 114) ilustra que “o povo inglês pensa ser livre, mas só o é durante a eleição dos membros do Parlamento”. Sendo o mandato representativo um instrumento onde o mandatário não fica vinculado às vontades do mandante, tal assertiva se faz verdadeira.

## **1.2 *Impeachment* no Direito Brasileiro**

### **1.2.1 Noções Introdutórias**

Existe no Brasil outro instrumento que pode ter como consequência fim a destituição de um mandato eletivo. É o procedimento de *impeachment*, regulado pela Lei n. 1.079/50.

A definição de *impeachment* é de origem inglesa; sua tradução literal é impugnação de mandato. O termo serve para denominar o processo de cassação de mandato do chefe do Poder Executivo pelo Congresso Nacional (no âmbito Federal), pelas Assembleias Legislativas (no âmbito Estadual) e pelas Câmaras Municipais (no âmbito Municipal).

É o que se extrai do comendo de Sérgio Resende de Barros:

*O impeachment é um processo destinado a apurar e punir condutas antiéticas graves, instaurado, processado e julgado por um órgão legislativo, contra um agente do Estado, para impedi-lo de continuar na função pública, mediante sua remoção do cargo ou função atual e inabilitação para qualquer outro cargo ou função por um certo tempo.*

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 85, especifica as várias ocasiões em que se pode ter desencadeado o processo de *impeachment*:

**Art. 85** - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:  
I - a existência da União;



- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
  - III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
  - IV - a segurança interna do País;
  - V - a probidade na administração;
  - VI - a lei orçamentária;
  - VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.
- Parágrafo único** - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

São os crimes de responsabilidade, aplicáveis ao Presidente da República, previstos também no art. 4º da Lei 1.079/50. O processo de impugnação é regulado pela mesma Lei, do artigo 14 ao artigo 38.

Incorrendo o Chefe de Estado em um dos crimes previstos nesses artigos, o primeiro passo adotado pelo Congresso Nacional é a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar as denúncias feitas contra o Chefe do Executivo em questão. Esta comissão se reunirá em 48 horas e tem o prazo de 10 dias para dar o seu parecer, através de um relator.

Dado o relatório, que é público, e sendo ele acusatório, qualquer pessoa do povo pode solicitar a abertura de um processo de *impeachment*. O pedido será julgado pela Mesa da Câmara, que deliberará sobre a aprovação ou não da abertura de um inquérito. Recebendo a aprovação de 2/3 do plenário, cria-se uma Comissão Especial para formar um libelo acusatório contra o Chefe do Executivo a quem se pretende julgar.

A Comissão Especial é indicada pela Câmara dos Deputados e é composta proporcionalmente por todos os partidos que têm assento no Poder Legislativo. Esta comissão tem o prazo de dez dias para apresentar relatório confirmando ou não as denúncias, sendo assegurado ao acusado o direito de defesa.

Havendo confirmação das provas apresentadas, o pedido de abertura do processo de *impeachment* é apresentado novamente ao plenário da Câmara dos Deputados, que, em nova votação, decidem se aprovam ou não a denúncia. Com aprovação de 2/3 do plenário da Câmara, o agora processo é remetido ao Senado Federal.

Com a chegada do processo ao Senado, o Chefe do Executivo que estiver sendo investigado é obrigado a se afastar do poder por 180 dias, que é o tempo que o Senado tem para chegar à conclusão final sobre o *impeachment*.

O Senado, recebendo o processo de *impeachment*, transforma-se em Tribunal do Júri, que é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal; os senadores se transformam no corpo de jurados.

Se a sentença final for acusatória, o Chefe do Executivo, então de licença, não retorna ao poder, sendo imediatamente substituído pelo seu Vice.

Caso o Chefe do Executivo renuncie seu mandato antes da emissão do parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, tem-se por encerrado o processo de impugnação. O acusado estaria, dessa forma, livre para se candidatar e ser eleito novamente, nas eleições seguintes, apesar das suspeitas de crime de responsabilidade ou de conduta desviante.

### **1.2.2 Diferença entre *Recall* e *Impeachment***

No ordenamento jurídico pátrio, a participação popular na destituição do mandato do Chefe de Estado está limitada ao momento do pedido de abertura do processo de *impeachment*, e isso somente quando o Poder Legislativo publica relatório acusatório da CPI.

Diferente do que acontece no *recall*, a titularidade do *impeachment* é de um órgão do Poder Legislativo – em âmbito federal, estadual ou municipal – e é também deste órgão o poder de decidir. Naquele, o povo tem participação direta, e é ele quem decide quem deve ter o mandato revogado.

Outro ponto importante no *impeachment* é que há uma motivação específica - a suspeita da prática de um crime ou de uma conduta inadequada para o cargo -, enquanto que no *recall*, por falta de motivação específica, pode-se revogar um mandato apenas por insatisfação quanto ao exercício do mandato.

Por fim, o processo de *impeachment* somente pode destituir o mandato de um Chefe de Estado, enquanto que o instrumento do *recall* permite a revogação do mandato de qualquer pessoa eleita pelo povo.

## II APLICABILIDADE DO *RECALL* NO BRASIL

### 2.1 Antecedentes

#### 2.1.1 Direito Comparado

O *recall* tem origem na legislação dos Estados Unidos, tendo sido introduzido por Theodore Roosevelt na Carta de Los Angeles, em 1903. Tal instituto fazia parte do chamado movimento progressista. A ideia era que o povo deveria manter um controle mais direto e elástico sobre os ocupantes de cargos públicos.

Atualmente nos Estados Unidos o *recall* é permitido em jurisdições locais de 36 Estados; dezoito Estados permitem o *recall* de oficiais do Estado. A funcionalidade do instituto varia de Estados para Estado: alguns têm exceções, exigência de motivação específica, quorum para se iniciar o processo, tempo de circulação, etc.

Sobre a utilização do *recall* nos Estados Unidos, Darcy Azambuja assevera que:

Tem sido aplicado não só para membros do Executivo, mas também para os do Legislativo e Judiciário, inclusive. Existindo cerca de 20 a 25 % a favor do *recall* ele pode ser requerido. O indivíduo *recalled* pode apresentar-se à reeleição, bem como fazer imprimir na cédula de votação, à guisa de se defender, os motivos de sua justificação (AZAMBUJA, 1998, p. 236).

Na Alemanha, o instituto foi adotado parcialmente, sendo consagrado através da Constituição da República de Weimar, em 1919, no período pós-guerra, e recebia o nome de *abwahl*. Os *länder* (Estados) da Baviera, Prússia e Saxe estabeleciam a

possibilidade de destituição do *Reich* (Presidente) a pedido do *Reichstag* (Parlamento) através de consulta popular.

Ainda no início do século, a antiga União Soviética previa a revogação do mandato dos deputados no artigo 105 de sua constituição, e previa também a obrigação da prestação de contas do eleito para com os eleitores, tornando, assim, o mandato algo bem próximo do ideal do mandato imperativo:

Art. 105 – O deputado tem a obrigação de explicar aos eleitores tanto sua atividade como a dos soviets. O deputado que não se mostre digno da confiança de seus eleitores pode ser privado do mandato a qualquer momento por decisão da maioria dos eleitores, segundo as modalidades previstas pela lei (Tradução nossa).

Dispositivo semelhante a esse ainda é aplicado pela Constituição de Cuba, que, segundo Auro Augusto Caliman (2005, p. 111/112), é previsto no artigo 85, onde o processo da perda do mandato popular de um deputado pode ser iniciado pelo Conselho de Estado, por outro deputado ou por um quarto dos delegados da Assembléia do Município, a qualquer tempo.

Na Suíça, um instituto semelhante recebe o nome de *abberufungsrecht* ou de *abwahlrecht*. Lá a revogação é coletiva, ou seja, todo o parlamento pode ser dissolvido.

O *referendo revocatório*, existente na Venezuela, foi introduzido pela nova Constituição Bolivariana da Venezuela, de 15 de dezembro de 1999, em seu artigo 72:

*Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.*

*Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y la ley. La revocatoria del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.*

*Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.*

Tal referendo, inclusive, foi utilizado pela primeira vez em 2004, na eleição que decidiu pela manutenção do mandato do então presidente Hugo Chávez.

O artigo 6º da Lei nº 134/1994, na Colômbia, versa que “*la revocatoria del mandato es un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato le que han conferido a un gobernador o alcalde*”. Os candidatos ficam sujeitos à *revocatoria* quando descumprem com suas promessas, que são registradas juntamente com sua candidatura.

O *referendum revocatorio de mandato popular* é previsto na Bolívia pela Lei nº 3.850/2008, tendo sido realizado em 2008 para confirmar o mandato do Presidente Evo Morales. A nova constituição boliviana, de 2009, manteve o instituto no artigo 240:

*República de Bolivia – Constitución Política del Estado  
Artículo 240.*

*I. Toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato, excepto el Órgano Judicial, de acuerdo con la ley.*

*II. La revocatoria del mandato podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del periodo del mandato. La revocatoria del mandato no podrá tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo.*

*III. El referendo revocatorio procederá por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el quince por ciento de votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público.*

*IV. La revocatoria del mandato de la servidora o del servidor público procederá de acuerdo a Ley.*

*V. Producida la revocatoria de mandato el afectado cesará inmediatamente em el cargo, proveyéndose su suplencia conforme a ley.*

*VI. La revocatoria procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo.*

No Equador, assim como acontece na Colômbia, os políticos podem sofrer a *revocatoria del mandato* caso descumpram seu plano de trabalho, que também é apresentado no ato do registro da candidatura, ou caso pratiquem corrupção; com isso, os políticos eleitos ficam vinculados às suas promessas, havendo, assim, uma responsabilidade maior com os eleitores. O instituto é previsto nos artigos 109 a 113 da Constituição de 1998.

A *revocatória del mandato* é prevista em algumas províncias na Argentina: Córdoba, no artigo 183, nº 4 da Constituição, Santa Fé e Entre Rios. Existe também uma previsão no Estatuto da Cidade Autônoma de Buenos Aires constante, no artigo 67.

Ainda na América Latina, o Peru pretende inserir a *revocatoria*, ou *recall*, em sua legislação através do Projeto de Lei 3.751/2009.

### **2.1.2 Quadro Fático no Direito Brasileiro**

Existiu no Brasil um procedimento semelhante ao *recall*, que foi introduzindo pelo então vice-presidente de São Paulo, José Bonifácio de Andrada e Silva, através do Decreto de 16 de fevereiro de 1822, que criava o conselho dos Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil.

O instituto, que foi a primeira forma de intervenção direta do eleitor na representação política, aliava-se à ideia do mandato imperativo e previa que o deputado poderia ser removido do cargo caso não desempenhasse devidamente suas obrigações, e seria então substituído:

Hei por bem Mandar convocar um Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, que as representem interinamente, nomeando aquelas, que têm até quatro Deputados em Cortes, um; as que têm de quatro até oito; dous; e as outras daqui para cima, três, os quais Procuradores Gerais poderão ser removidos de seus cargos pelas suas respectivas Províncias, no caso de não desempenharem devidamente suas obrigações, se assim o requererem os dois terços das suas Câmaras em vereação geral e extraordinária, procedendo-se à nomeação de outros em seu lugar (Decreto de 16 de fevereiro de 1822).

Além dessa previsão, a segunda Constituição Estadual de São Paulo, de 1891, previa que o mandato legislativo poderia ser cassado mediante consulta aos eleitores:

**Constituição Estadual de São Paulo – 1891**  
**PARTE I**  
**Organização do Estado**  
(...)  
**SECÇÃO I**  
**Poder Legislativo**

## **CAPÍTULO I**

### **Disposições gerais**

(...)

Art. 6.º O Congresso, salvo caso de convocação extraordinária ou adiamento, deve reunir-se na capital do Estado, independentemente de convocação, no dia 7 de abril de cada ano.

(...)

§ 3.º Poderá, entretanto, ser a qualquer tempo cassado o mandato legislativo, mediante consulta feita ao eleitorado por proposta de um terço dos eleitores e na qual o representante não obtenha a seu favor metade e mais um, pelo menos, dos sufrágios com que houver sido eleito. (Grifo no original)

A cassação do mandato eleitoral através dos eleitores também era prevista na Constituição do Rio Grande do Sul de 1891, no artigo 39: O mandato do representante não será obrigatório; poderá ser renunciado em qualquer tempo e também cassado pela maioria dos eleitores. Tal dispositivo era regulamentado pelos artigos 98 e 104 da Lei Estadual nº 18, de 12 de janeiro de 1897.

A Constituição Estadual do Goiás de 1891 também previa o instituto:

Artigo 56. O mandato legislativo não será obrigatório e o eleitorado poderá cassá-lo, declarando, mediante o processo que a lei estabelecerá, o mandato carecedor de sua confiança.

Outro estado que também trazia em seu texto constitucional o instituto da revogação do mandato eletivo pela vontade popular era o de Santa Catarina, na Constituição Estadual de 1982:

Artigo 14. O mandato legislativo pode ser renunciado, e a sua revogabilidade se efetuará quando, consultado o eleitorado por um terço dos eleitores, não obtiver o deputado metade e mais um dos votos com que foi eleito.

Sobre essa previsão, Palhares Moreira Reis esclarece que:

No estado de Santa Catarina, onde o mecanismo da revogação figurou na Constituição Estadual de 1832 a 1910, o instituto não foi ao menos regulamentado e jamais teve aplicação prática (REIS, 2002, p. 30).

Ademais, a Assembléia Constituinte, que preparou a Constituição Federal de 1988, tentou propor o implantação do instituto de revogação do mandato eletivo na



legislação brasileira, que receberia o nome de voto destituente, mas não obteve êxito.

## **2.2 Recall na Carta Magna**

### **2.2.1 Da Proposta de Emenda Constitucional nº 73/2005**

O instituto do *recall* não é previsto na Constituição Federal porque esta adota o mandato como irrevogável, diferentemente do mandato do Direito Civil.

Além disso, ao elencar as formas de participação direta que o povo dispõe para o exercício do poder soberano, a Constituição limita a plebiscitos, referendos e iniciativa popular de leis. O povo, após eleger seu representante, não pode se valer de princípios de mandato imperativo e exigir vinculação de sua vontade ao exercício do mandato, tampouco pode revogá-lo.

Existe hoje em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 73/2005, de iniciativa do Senador Eduardo Suplicy (PT/SP), que propõe a introdução do instituto que dá poderes ao eleitorado para revogar o mandato parlamentar.

Para isso, a PEC 73/2005 propõe alterações ao dispositivo do artigo 14, incluindo as eleições no rol dos institutos de participação direta do povo no exercício do poder soberano:

**Art. 1º** O artigo 14, *caput*, da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

**Art. 14** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e o voto obrigatório, direto e secreto, com valor igual para todos, mediante:

- I – eleições;
- II – plebiscito;
- III – referendo;
- IV – iniciativa popular.

Em complementação, o artigo 49 também seria alterado, dando competência de iniciativa de referendos ao povo, deixando de ser exclusiva do Congresso Nacional:

**Art. 2º** O artigo 49, inciso XV, da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

**Art. 49** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

XV – autorizar referendo e convocar plebiscito, exceto nas hipóteses previstas no art. 14-A.

O artigo 14-A seria a inovação na legislação nacional, pois acrescentaria à Constituição a previsão da revogação do mandato eleitoral.

Essa revogação seria iniciada com uma consulta feita ao eleitorado através de um referendo de iniciativa popular, dirigida ao Superior Tribunal Eleitoral, com a exigência de assinatura de pelo menos dois por cento do eleitorado nacional, estadual ou municipal, conforme se tratar da esfera Federal, Estadual ou Municipal.

Além disso, o artigo dispõe que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também deverão regulamentar em suas respectivas constituições o referendo revogatório:

**Art. 3º** A Constituição Federal passa a vigorar, acrescida do artigo 14-A:

**Art. 14-A** Transcorrido um ano da data da posse nos respectivos cargos, o Presidente da República, ou os membros do Congresso Nacional, poderão ter seus mandatos revogados por referendo popular, na forma do disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º O mandato de senador poderá ser revogado pelo eleitorado do Estado por ele representado.

§ 2º O eleitorado nacional poderá decidir a dissolução da Câmara dos Deputados, convocando-se nova eleição, que será realizada no prazo máximo de três meses.

§ 3º O referendo previsto neste artigo realizar-se-á por iniciativa popular, dirigida ao Superior Tribunal Eleitoral, e exercida, conforme o caso, mediante a assinatura de dois por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por sete Estados, com não menos de cinco décimos por cento em cada um deles, ou mediante a assinatura de dois por cento do eleitorado estadual, distribuído pelo menos por sete Municípios, com não menos de cinco décimos por cento em cada um deles.

§ 4º Os signatários da iniciativa popular devem declarar o seu nome completo, a sua data de nascimento e o Município onde têm domicílio eleitoral, vedada a exigência de qualquer outra informação adicional.

§ 5º O referendo para revogação do mandato do Presidente da República poderá também realizar-se mediante requerimento da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dirigido ao Tribunal Superior Eleitoral.

§ 6º O referendo será considerado sem efeito, se a soma dos votos nulos e em branco corresponder a mais da metade do total dos sufrágios expressos.

§ 7º Se o resultado do referendo for contrário à revogação do mandato eletivo, não poderá ser feita nova consulta popular sobre o mesmo assunto, até a expiração do mandato ou o término da legislatura.

§ 8º O referendo regulado neste artigo será convocado pelo Superior Tribunal Eleitoral.

§ 9º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios regularão, em suas respectivas Constituições e Leis Orgânicas, o referendo revocatório dos mandatos do chefe do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo.

Pode-se perceber que, pela previsão do § 2º do artigo 14-A, o referendo revogatório proposto pelo Senador Eduardo Suplicy, além do modelo clássico de *recall* utilizado nos Estados Unidos, seria uma mescla com o mesmo instituto, utilizado na Suíça, onde se é possível decidir a favor da dissolução do parlamento inteiro.

Sobre esse detalhe, o autor da proposta esclarece em sua Justificativa a necessidade de que o poder de dissolução do Parlamento seja do detentor do poder soberano:

Atendendo à distinção entre a eleição majoritária para a chefia do Executivo e para o Senado Federal, de um lado, e a eleição proporcional para a Câmara dos Deputados, de outro, a proposta estabelece formas diferentes de referendo revocatório. No caso da Câmara dos Deputados, optou-se pela via da dissolução. É de se observar que a dissolução do Parlamento, ocorre normalmente no sistema parlamentar de governo, por decisão do chefe do Estado, toda vez que este se convence de que a confiança do povo em relação à maioria parlamentar deixou de existir. Ora, é muito mais consentâneo com o princípio democrático, que a dissolução do órgão parlamentar possa ser feita por decisão do povo soberano. Neste caso, a proposta determina que a nova eleição para a Câmara dos Deputados se realize no prazo máximo de três meses (SUPLICY, 2005, p. 4).

Sobre a revogação individual, o Senador explica que:

No caso do Presidente da República e dos Senadores, a revogação de seu mandato acarretará, bem entendido, a sua substituição no respectivo cargo pelo Vice-Presidente ou pelo suplente de Senador (SUPLICY, 2005, p.4).

Ou seja, diferentemente do que ocorre no modelo clássico do *recall*, utilizado nos Estados Unidos, não haveria uma nova eleição para o preenchimento do cargo

que ficaria vago, mas então somente uma substituição do Presidente pelo seu Vice ou do Senador pelo Suplente.

### **2.2.2 Da proposta do Deputado Federal José Antônio Reguffe (PDT/DF)**

O Deputado Federal José Antônio Reguffe, eleito em Brasília, em entrevista concedida, como etapa de coleta de informações para elaboração deste trabalho, consignou que pretende introduzir na Legislação Nacional mecanismo de revogação do mandato parlamentar pela vontade popular.

Para o Deputado, o descompromisso dos representantes eleitos para com as pessoas que o elegeram não deveria existir. O modelo do mandato imperativo poderia ser aplicado no que tange à responsabilidade existente, onde os eleitos prestam contas ao povo eleitor.

A ideia do Deputado consistiria, assim como acontece na Colômbia e no Equador, no registro de propostas e compromissos do candidato para que, após eleito, o candidato esteja vinculado a esses compromissos apresentados, tendo que cumprir o prometido sob pena de perda do mandato.

Esse registro seria feito na Justiça Eleitoral; esta publicaria as promessas no site, deixando disponível aos eleitores durante o período das campanhas eleitorais.

Com as propostas publicadas, o eleitorado, ao analisá-las, escolheria o candidato que apresentasse propostas mais concretas e objetivas. O Deputado Reguffe exemplifica:

Se um candidato promete a construção de um hospital na Ceilândia e outro candidato promete a construção de um hospital na Ceilândia, mas que essa construção será feita ainda no primeiro ano do exercício do mandato, o eleitorado escolheria o segundo deputado por ter apresentado uma proposta mais efetiva em relação àquele primeiro.<sup>1</sup>

Com isso, afirma o Deputado, o eleitorado escolheria seus representantes baseando-se nas ideias e compromissos apresentados, e não na pessoa do

---

<sup>1</sup> Texto extraído de entrevista realizada com o Deputado Federal Reguffe (PDT/DF), parte da etapa de coleta de informações para realização deste trabalho, realizada no dia 12 de abril de 2011.

candidato. Consequência disso, os eleitores exigiriam propostas mais concretas e objetivas, e a ideia de representação seria mais efetiva.

Ademais, independentemente dos eleitos escolhidos, a coletividade seria beneficiada com a preocupação dos novos representantes em cumprir com as promessas e compromissos apresentados durante a campanha eleitoral.

## III ANÁLISE CRÍTICA

### 3.1 Princípios que autorizam a implantação do *Recall* no Brasil

Através da democracia representativa, o povo, detentor soberano do poder, elege seus representantes, por meio de eleições diretas, para que estes exerçam o poder em seu nome. Todavia, tal exercício é livre de qualquer vinculação à vontade dos eleitores.

O *recall* decorre da relação contratual firmada entre eleitor e eleito no ato da escolha deste como representante daquele, através das eleições. Dessa escolha nasce o mandato.

Como já demonstrado, o mandato pode adotar duas acepções: representativa e imperativa. O mandato representativo afasta, após eleito, o representante do representado, de forma que os atos praticados pelo eleito estão livres de vinculação com a vontade do eleitor, além de não precisarem de ratificação.

Em contrapartida, o mandato imperativo vincula os dois agentes dessa relação: os atos apenas são praticados de acordo com o que foi estipulado no ato da outorga.

Dessa vinculação, então, surge o direito de revogação, o *recall*, cujo poder recai sobre aquele que outorga o mandato, além da obrigação de prestação de contas do efetivo exercício do mesmo. Isso ocorre porque o representante age em nome do representado, praticando apenas os atos constantes no mandato.

### 3.1.1 Princípio Democrático

A democracia surgiu em Atenas, na Grécia, onde o povo se reunia em praças públicas para deliberar acerca de questões de interesse geral, exercendo direta e imediatamente o poder soberano, e fazendo da praça o que hoje entendemos como Parlamento (BONAVIDES, 2000, p. 268).

Sobre esse conceito clássico de democracia, Paulo Bonavides ilustra que:

A democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava com ardor sobre as questões do Estado, que fazia de sua assembléia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial (BONAVIDES, 2000, p. 268).

Bonavides (2000, p. 267) classifica essa como sendo a “profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo, pelo povo”.

John Locke (1978, p. 10) afirma que somente é possível que um corpo exerça a soberania em nome do povo através do assentimento deste, sendo, assim, o único fundamento de autoridade do governo. O filósofo, em seguida, reafirma a necessidade de representação:

O governo civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza, que certamente serão grandes, onde os homens possam ser juizes de suas próprias causas, já que com facilidade se pode imaginar que aquele que tenha sido tão injusto a ponto de prejudicar seu irmão dificilmente será tão justo a ponto de se condenar por esse ato (LOCKE, 1978, p 10).

Bobbio, sobre a democracia, assevera que:

Da Idade Clássica a hoje o termo ‘democracia’ foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo (BOBBIO, 1988, p. 135).

Tal exercício mostrou sua problemática quando reunir o povo foi se mostrando cada vez mais difícil, dado o aumento populacional. Como solução, a



democracia direta foi substituída pela democracia indireta ou representativa, onde o poder do exercício da soberania cabe aos representantes eleitos pelo povo.

Sob essa ótica, temos a ilustração de Bonavides, aduzindo que:

O Estado moderno já não é o Estado-cidade de outros tempos, mas o Estado-nação, de larga base territorial, sob a égide de um princípio político severamente unificador, que risca sobre todas as instituições sociais o seu traço de visível supremacia (BONAVIDES, 2000, p. 272).

Bonavides (2000, p. 273) ainda completa, sobre a dificuldade encontrada em se reunir todo o povo para o exercício da soberania: não seria possível ao Estado moderno adotar técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia.

Dado esse fato, imperiosa se fazia a adoção da democracia indireta ou representativa, bem definida por Maria Helena Diniz:

Forma de governo em que há participação dos cidadãos, influência popular no governo através da livre escolha de governantes pelo voto direto. É o sistema que procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular, é o Estado político em que a soberania pertence à totalidade dos cidadãos (DINIZ, 1998, p.52).

Aurélio Ferreira traz a seguinte definição:

Governo do povo; soberania popular; democratismo. Doutrina ou regime político baseado nos princípios de soberania popular e da distribuição equitativa de poder, ou seja, regime de governo que se caracteriza, em essência, pela liberdade do ato eleitoral, pela divisão de poderes e pelo controle da autoridade (FERREIRA, 1986, p. 320).

José Joaquim Gomes Canotilho ilustra a democracia indireta presente na constituição portuguesa, onde o mandato é livre e não sofre vinculação entre a vontade do povo e os atos dos eleitos:

A soberania da Nação manifesta-se através dos representantes eleitos, vincando-se, *expressis verbis*, a independência dos representantes em relação aos eleitores que o elegem (...). Além disso, consagrou-se claramente o *mandato* livre, apesar de algumas posições favoráveis ao mandato imperativo (CANOTILHO, 2003, p. 163).

A democracia representativa conta com a participação popular em determinadas formas, mas nenhuma delas apresenta um remédio contra o desvirtuamento da representação.

Para Montesquieu (2000, p. 86), tal desvirtuamento descaracteriza a democracia, explicando que “quando, na República, o Povo em seu todo tem o poder soberano, é uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do Povo, chama-se Aristocracia”.

Tal descaracterização pode ser evidenciada se, ao analisarmos o mandato parlamentar, visualizarmos a discricionariedade com que agem os representantes eleitos, ignorando os anseios populares.

Na mesma esteira, temos a palavras de Renato Ventura Ribeiro:

A democracia representativa não tardou a apresentar algumas falhas. Uma delas, a desvirtuação do conceito de mandato, tal como praticado no direito privado desde o direito romano. Enquanto no contrato de mandato do direito privado o mandante pode, a qualquer tempo, destituir o mandatário e este último tem como obrigações, entre outras, a execução fiel das instruções do mandante e a prestação de contas, no direito público possibilita-se uma enorme dissociação entre representante e representado, permitindo a diversos detentores de mandato eletivo atuar impunemente contra vontade de seus eleitores e em sentido diverso do defendido e prometido em campanha eleitoral (RIBEIRO, 2005).

Ribeiro (2005) completa aduzindo que somado a essa problemática da representatividade o alto grau de desenvolvimento tecnológico, atualmente o instituto revogatório de mandatos pode e deve ser implantado como meio de efetivação da soberania popular.

### **3.2 Argumentos Favoráveis**

Buscando estreitar a relação entre eleitor e eleito, ao ponto que as ações deste no exercício do mandato representem ao mesmo tempo os principais anseios daquele, alguns Estados apresentam a revogação do mandato pela vontade do eleitor.

O *recall* traria a segurança ao povo eleitorado de que, não sendo exercida sua vontade, ou, pior, que seja ela completamente distorcida pela irresponsabilidade configurada no mandato representativo, o exercício do poder de revogação seria o remédio apresentado a essa problemática.

Esse é o entendimento de alguns doutrinadores que defendem a aplicação do *recall*, entre eles Thomas Cronin:

A revogação assegura uma responsabilidade política contínua, pois os eleitores não necessitam esperar até a eleição seguinte para livrarem-se de um agente público incompetente, desonesto, irresponsável e desligado dos anseios populares (CRONIN, 1989, p.130).

Para o autor, com o instituto da revogação em vigor, o político eleito ficaria, além de atento às promessas feitas quando da campanha eleitoral, também alerta às vontades populares, sob pena de ser destituído do cargo.

Outro argumento apresentado é que os eleitores devem ter um controle maior, direto e contínuo dos mandatos outorgados aos eleitos, ampliando o direito popular numa democracia representativa.

É o que argumenta Delos Wilcox:

A revogação confirma o fato de que o representante é um servo, um agente, e não um mestre. Para ser exato, como um embaixador plenipotenciário, ele é um servo com poder, mas ele recebe instruções específicas ou está presumidamente atrelado à vontade de seu mestre, e se ele falha em reconhecer essa responsabilidade, ou se ele interpreta mal essas instruções, ele pode ser removido a qualquer tempo (WILCOX Apud CRONIN, 1989, p. 125).

Thomas Cronin (1989, p. 125) explica também que “a revogação ajuda a conter a indevida influência dos pequenos interesses”, ou seja, o representante jamais poderia dar mais valor à vontade de um colaborador de campanha, como não raras as vezes ocorre na Política Nacional, mas sim à vontade da maioria que o elegeu.

O terceiro argumento apresentado por Cronin (1989, p. 125) é de que “a revogação permite ao povo conceder mandatos mais longos aos ocupantes de cargos eletivos”. Isso porque o poder de destituição do cargo daquele que exerce o mandato de maneira insatisfatória gera maior confiança do eleitor.

Esse é o entendimento do Senador Eduardo Suplicy (PT/SP), identificado em sua Justificativa, constante na Proposta de Emenda à Constituição nº 73/2005. Para o Senador:

A eleição não cria propriamente uma relação de representação do povo, mas expressa o consentimento popular para que o eleito exerça os poderes coativos que a Constituição e as leis lhe conferem, e represente a nação perante os Estados estrangeiros (SUPLICY, 2005, p. 2).

Ainda sobre a confiança gerada pelo poder de revogação, o Senador acrescenta que:

É pressuposto essencial a toda relação de confiança que, uma vez desaparecida esta, os poderes e responsabilidades confiados ao mandatário podem ser revogados, não de pleno direito, mas mediante uma manifestação inequívoca de vontade do mandante (SUPLICY, 2005, p. 2).

Consequência dessa confiança gerada, a implantação do instituto revogatório faria com que o homem médio se interessasse em participar da atividade política mesmo nos períodos em que não houvesse eleições.

É o que alega Nelson de Sousa Gonçalves (1950, P. 340), que também enumera outras qualidades do instituto, como “o poder de estimular o senso de responsabilidade dos eleitos, manter uma maior sintonização entre os representantes e o eleitorado e a possibilidade de aumentar o prazo do mandato”.

Paulo Bonavides apresenta também vários argumentos em defesa da aplicação de, não somente o *recall*, mas de todos os institutos característicos da democracia semidireta:

Serve de anteparo à onipotência eventual das assembleias parlamentares; torna verdadeiramente legítima pelo assenso popular a obra legislativa dos parlamentos; dá ao eleitor uma arma com que sacudir o ‘julgo dos partidos’; faz do povo, menos aquele espectador, não raro adormecido ou indiferente às questões públicas, do que um colaborador ativo para a solução de problemas delicados e da mais alta significação social; promove a educação dos cidadãos; bane das casas legislativas a influência perniciosa das camarilhas políticas; retira dos ‘bosses’ o domínio que exerciam sobre o governo (BONAVIDES, 2000, p. 285).

Tal abordagem é feita por Bonavides com relação ao *referendum*, sendo perfeitamente aplicável ao *recall* por se tratar, segundo a proposta do Senador Eduardo Suplicy (PT/SP), de um referendo revogatório.

Bonavides cita, também sobre os pontos positivos na utilização de institutos da democracia semidireta, as palavras de Joseph Barthélemy e Paul Duez:

Sem o *referendum*, a soberania do povo é apenas uma ilusão (...). Ela só se exerce um único minuto cada quatro ou seis anos: o minuto em que o eleitor deposita na urna o seu voto. Até à consulta seguinte, porém, o soberano fica adormecido... O *referendum* o mantém desperto e em estado de conter ou retificar os desvios de seus representantes (BONAVIDES, 2000, p. 285).

O *recall* seria então um instrumento de defesa do eleitorado frente à desvirtuação que comumente ocorre após as eleições, quando os eleitos passam a agir em favor de suas vontades pessoais, ignorando as necessidades do povo que o elegeu.

Sobre a desvirtuação da representação, tem-se as palavras de Meirelles Teixeira:

O elemento representativo, que era o 'democrático' ao tempo do absolutismo, é hoje o elemento 'não democrático', na democracia moderna. Frente ao monarca absoluto, o Parlamento aparece como se fosse o povo; frente ao povo, entretanto, na democracia moderna, o Parlamento aparece como a negação da democracia. É por isso que Rousseau já aceitava a representação como 'mal menor', procurando corrigi-la com o mandato imperativo, o *referendum*, etc (TEIXEIRA Apud GARCIA, 2005, p. 32).

Previsto em muitos estados Norte Americanos, o *recall* foi recentemente utilizado para destituir o então governador da Califórnia, Davis Gray, em 2003. Sobre esse episódio, Tereza Cruvinel comentou:

O episódio traz um alento ao futuro da democracia, consolidando o *Recall* como a instituição do arrependimento eleitoral, ao permitir a revogação do mandato de governantes que frustraram seus eleitores por incompetência ou por traição. Ah, se ele chega ao Brasil um dia... (CRUVINEL, 2003).

Após as eleições que resultaram na revogação do mandato de Davis Gray, o eleitorado californiano elegeu o ator Arnold Schwarzenegger como novo governador do Estado.

### 3.3 Argumentos Contrários

O instituto do *recall*, apesar de todas as vantagens apresentadas pela doutrina e dos exemplos bem sucedidos de sua aplicação em outros estados estrangeiros, não é unanimidade.

Paulo Bonavides, em contraposição ao que expôs sobre as vantagens da aplicação de instrumentos como o *recall*, enumera as desvantagens que o uso deste instituto traz:

A essas vantagens, contrapõem-se todavia graves inconvenientes: o desprestígio das câmaras legislativas, conseqüente à diminuição de seus poderes; (...) a inovação do argumento de Montesquieu acerca da incompetência fundamental do povo e seu despreparo para governar; (...) em suma, o dissídio essencial da instituição com o sistema representativo (BONAVIDES, 2000, p. 286).

O desprestígio das câmaras legislativas como consequência da diminuição de seus poderes, elucidado por Bonavides, no presente comendo, como inconveniente gerado pela aplicação do *referendum*, pode ser entendido como consequência do uso do *recall* dada a insegurança com que os parlamentares iriam agir no decorrer do mandato legislativo, insegurança essa gerada pelo risco de terem seus mandatos revogados ao menor 'deslize'.

Nesse sentido, Thomas Cronin também apresenta o que entende como pontos negativos do uso do instituto revogatório:

A premissa da revogação é antagônica ao princípio republicano, especialmente à ideia de eleger bons legisladores e agentes públicos e então dar a eles uma oportunidade de governar até a eleição seguinte; a revogação torna o cargo público menos atrativo para a maioria dos indivíduos capacitados; as eleições revogatórias são divisoras, polarizadoras e sujeitas a vários abusos e conseqüências imprevisíveis; as eleições revogatórias são confusas, injustas e tornam muito difícil aos eleitores manterem-se informados no período entre as eleições; as eleições revogatórias são caras,

desnecessárias e dirigidas contra o alvo errado (CRONIN, 1989 p. 135).

Sobre o primeiro tópico, acerca do princípio republicano, este versa no sentido de que os representantes eleitos apenas devem prestar contas de seus atos nas eleições seguintes, além de precisarem de uma margem de liberdade e independência para o exercício outorgado.

Esse princípio funciona em Estados onde o eleitorado é constantemente interessado na atividade política, e, nas eleições, exige a prestação de contas dos que estão terminando seus mandatos.

Outro argumento apresentado por Cronin (1989, p. 135) explica que o instituto da revogação faz com que os agentes públicos pratiquem seus atos apenas para 'mostrarem serviço' ao eleitorado, prezando pelo que pareça mais interessante aos eleitores para que não sofram a revogação.

Ainda segundo Cronin, citando Lawrence Lowell:

A revogação reconhece que o representante é apenas um delegado, cujo dever consiste em executar a opinião majoritária de seu distrito, ao invés de exercer seu próprio julgamento sobre as evidências trazidas perante eles (LOWELL Apud CRONIN, 1989, 136).

Nelson de Sousa Sampaio apresenta diversos motivos pelos quais o instituto do *recall* não deveria ser adotado:

Trata-se de um processo dispendioso e desnecessário, que poderá provocar perturbações políticas com o recurso a eleições parciais frequentes; os males dos sistemas representativos são em maioria decorrentes dos homens e dos povos que põem em movimento o seu mecanismo, e dos quais a revogação não estaria imune; a revogação de mandato não serve ao objetivo de melhorar as instituições políticas e reduzir falibilidade e fraqueza humanas, pois tal mecanismo possui limitado campo de aplicação, um complicado processo e um dispendioso funcionamento; muitos dos defeitos do regime representativo refletem complexas e profundas causas sociais, que não se curam com remédios tão simples como a modificação de textos legais; a revogação de mandato seria quase uma volta ao 'mandato imperativo', no qual o eleito representava seus eleitores como um mandatário de direito privado; tal medida dificilmente se conciliaria com o conceito moderno de mandato político, segundo o qual o laço que liga o representante ao representado é apenas de natureza moral; a adoção da revogação equivale à confissão de que o povo é incapaz de escolher representantes honestos e ineficientes; estimula o cortejamento da



popularidade por parte do representante, em vez de incentivar o seu senso de responsabilidade; a medida poderia afastar da política muitos homens independentes (SAMPAIO, 1950, p. 341)

As palavras de Sampaio conduzem ao entendimento de que uma sociedade preocupada com as atividades políticas não necessitaria de instituto revogatório, além de disporem de candidatos honestos, atento aos anseios públicos e que primam pela moral no exercício do mandato.

Sampaio apresenta seus argumentos baseando-se também numa sociedade livre da corrupção, ou, pelo menos, com frentes que combatam tal corrupção, onde o eleitorado dispõe efetivamente do poder seletivo onde poderia optar por um representante não corrupto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia do instituto revogatório do mandato parlamentar surge da crise em que a democracia representativa está imersa, onde se faz imperiosa a adoção de um remédio para correção do desvirtuamento feito pelo mandato eleitoral.

O mandato representativo é livre por característica, ou seja, os atos praticados pelos outorgados não estão vinculados às vontades dos outorgantes, além de não sofrerem ratificação.

Com isso, após as eleições, os eleitos são livres para agir como bem entenderem, e os eleitores nada podem fazer até que cheguem as próximas eleições.

Na teoria, e esse é o argumento apresentado pelos doutrinadores que não concordam com a aplicação do instituto revogatório, o eleitorado é plenamente capaz de analisar e diferenciar o mau político do político honesto, fazendo, assim, uma escolha melhor e mais consciente nas eleições, sendo, portanto, desnecessário o uso de eleições revogatórias.

Tal premissa seria verdadeira não fosse o 'costume' adquirido e, infelizmente, amplamente utilizado por aqueles que pleiteiam um cargo eletivo de ludibriar o eleitorado, fazendo promessas e firmando compromissos sem a menor intenção de honrá-los, apenas para angariarem votos e gozarem das regalias que dispõem os parlamentares.

Tal prática afasta o homem médio da atividade política do Estado, elastecendo ainda mais a liberdade do mandato representativo, pois, além de não sofrerem controle, deixam de sofrer vigilância. Consequência disso, a irresponsabilidade com que os parlamentares tratam a representatividade aumentaria.

Este, aliás, é o principal argumento apresentado pelos defensores da aplicação do instituto revogatório. Com o poder de destituição 'em mãos', os eleitores estariam mais atentos à vida política de seu Estado, analisando o desempenho do representante e avaliando sua escolha. Com ou sem a revogação, o eleitorado estaria cada vez mais preparado para votar. O voto se tornaria cada vez mais consciente.

Outro argumento utilizado pelos que rechaçam a ideia de revogação do mandato é no sentido de que esse instituto não se concilia com a democracia representativa, onde o único liame entre eleitor e eleito é moral. Todavia, a moral deixou de ser observada pelos políticos há tempos.

Amparado no conceito de democracia semidireta, onde o povo participa indiretamente, na escolha de seus representantes, e diretamente, através de institutos da democracia clássica ou direta, o *recall* surge como remédio ao desvirtuamento do conceito de representação, onde o povo, detentor soberano do poder, pode sentir-se seguro ao escolher e transferir o exercício desse poder, essencial a uma democracia.

Com o instrumento revogatório em vigor, políticos e candidatos preocupar-se-iam com seus atos, prezando pela moral e por atender os anseios públicos, fazendo do exercício do mandato um efetivo exercício de soberania em nome do povo, efetivando o conceito de democracia representativa e dando mais eficácia à atividade política.

## REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Globo. 1999.
- BARROS, Sérgio Resende de. Estudo Sobre o “impeachment”. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/estudo-sobre-o-impeachment.cont>> Acesso em: 22 mar. 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BOLÍVIA, Constituição (2009). *Constitución Política del Estado*. Disponível em: <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>> Acesso em 27 mar. 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988, - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006. Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>> Acesso em: 22 mar. 2011.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina. 2003.
- CRONIN, Thomas Edward. Direct Democracy: The Politics of the Initiative, Referendum and Recall. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=23tBFmXLxAMC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=instituto+pol%C3%ADtico+abwahl&source=bl&ots=7VhGNxyMFr&sig=KKmS70vg9RjFclHp0GG1egfa7Sc&hl=pt-BR&ei=g96tTb\\_HK6OI0QGx86GqCw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=cruvinel&f=false](http://books.google.com.br/books?id=23tBFmXLxAMC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=instituto+pol%C3%ADtico+abwahl&source=bl&ots=7VhGNxyMFr&sig=KKmS70vg9RjFclHp0GG1egfa7Sc&hl=pt-BR&ei=g96tTb_HK6OI0QGx86GqCw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=cruvinel&f=false)> Acesso em: 30 abr. 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GOIÁS, Estado de. Constituição Estadual. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=23tBFmXLxAMC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=instituto+pol%C3%ADtico+abwahl&source=bl&ots=7VhGNxyMFr&sig=KKmS70vg9RjFclHp0GG1egfa7Sc&hl=pt-BR&ei=g96tTb\\_HK6OI0QGx86GqCw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=cruvinel&f=false](http://books.google.com.br/books?id=23tBFmXLxAMC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=instituto+pol%C3%ADtico+abwahl&source=bl&ots=7VhGNxyMFr&sig=KKmS70vg9RjFclHp0GG1egfa7Sc&hl=pt-BR&ei=g96tTb_HK6OI0QGx86GqCw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=cruvinel&f=false)> Acesso em: 23 abr. 2011.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1978.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Direito Político**. Rio de Janeiro, 1978.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

RIBEIRO, Renato Ventura. Democracia Direta. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/35838.1>> Acesso em: 7 mai. 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O recall no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1950.

SANTA CATARINA, Estado de. Constituição Estadual. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=23tBFmXLxAMC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=instituto+pol%C3%ADtico+abwahl&source=bl&ots=7VhGNxyMFr&sig=KKmS70vg9RjFclHp0GG1egfa7Sc&hl=pt-BR&ei=g96tTb\\_HK6OI0QGx86GqCw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=cruvinel&f=false](http://books.google.com.br/books?id=23tBFmXLxAMC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=instituto+pol%C3%ADtico+abwahl&source=bl&ots=7VhGNxyMFr&sig=KKmS70vg9RjFclHp0GG1egfa7Sc&hl=pt-BR&ei=g96tTb_HK6OI0QGx86GqCw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=cruvinel&f=false)> Acesso em: 23 abr. 2011.

SÃO PAULO, Estado de. Constituição Estadual. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br/portal//memoria/memoria.php>> Acesso em: 23 abr. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. Decreto – de 16 de fevereiro de 1822. Disponível em: < [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS1-Conselho\\_dos\\_Procuradores\\_Gerais\\_das\\_Provincias\\_do\\_Brasil\\_1822-1823.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS1-Conselho_dos_Procuradores_Gerais_das_Provincias_do_Brasil_1822-1823.pdf)> Acesso em: 27 mar. 2011.

SUPLICY, Eduardo. Proposta de Emenda à Constituição n. 73/2005. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=76146](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76146)> Acesso em: 12 fev. 2011.

VENEZUELA, Constituição (1999). Constituição Bolivariana da Venezuela: Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>> Acesso em: 27 mar. 2011.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1967.