ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Direito e Liberdade

A IMPERATIVIDADE DO DIREITO POSITIVO E O PODER DO JUIZ NA APRECIAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR

THE IMPERATIVE NATURE OF POSITIVE LAW AND THE POWER OF THE JUDGE IN ASSESSING THE PRELIMINARY INJUNCTION

Reis Friede*

RESUMO: O presente artigo trata da inafastável imperatividade - e, por via de consequência, rigorosa observância - das normas jurídicas de direito positivo referentes (ou não) às medidas liminares - por todos (mas, em especial, aos aplicadores da lei) - como natural imposição da segurança das relações sócio-jurídicas, dentro do contexto amplo do binário básico do Direito que privilegia, além da dimensão do valor da Justiça, fundamentalmente a Segurança das Relações Jurídicas.
Palavras-chave: Imperatividade. Direito Positivo. Medida Liminar. Segurança Das Relações Jurídicas.

ABSTRACT: This article deals with the unavoidable imperativeness – and as consequence the strict compliance – of the legal rules of positive law relating (or not) to preliminary injunctions - for all (but, in particular, the appliers of the law) - as natural imposition of the safety of socio-legal relations within the broad context of the basic binary of law which privileges besides the size of the value of justice primarily the security of legal relations.
Keywords: Imperativeness. Positive Law. Restraining Order. Safety of Legal Relations.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Desembargador Federal no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Muito embora Isabel Cristina Leopoldina Augusta Micaela Gabriela Rafaela Gonzaga, historicamente conhecida por Princesa Isabel, tenha acreditado haver encerrado, de forma definitiva, o capítulo da escravidão em nosso País, com o advento da última lei da abolição, a denominada Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, continuam, sem a menor sombra de dúvida, os *Magistrados*, - ao lado da absoluta totalidade dos demais cidadãos brasileiros -, efetivamente aprisionados à absoluta servidão da *lei* (na qualidade última de regra fundamental do Direito Positivo), em seu sentido mais amplo.

Não obstante o fato de possuir o Juiz uma determinada condição, em princípio, acima da própria autoridade pública, de modo geral, por exercitar mais diretamente - agindo como Estado em nome do próprio Estado - o poder estatal, através da jurisdição, em nenhuma hipótese, tem o Magistrado uma autoridade e um poder que não estejam nitidamente previstos e limitados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais que com ela convergem.

Por esta razão não podem os Juízes - como erroneamente supõem os menos avisados - realizar o que se convencionou atecnicamente denominar-se de *Justiça*, de forma ampla, subjetiva e absoluta, considerando que o verdadeiro e único Poder, outorgado legítima e tradicionalmente aos Magistrados - desde o advento da tripartição funcional dos poderes - é a prestação da tutela jurisdicional, com o consequente poder de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico vigente, majoritariamente criado - em sua vertente fundamental - pelo Poder Legislativo, rigorosamente limitado à absoluta observância de regras próprias e específicas que, forçosamente, restringem o resultado final do que se convencionou chamar de Justiça a sua acepção básica, objetiva e concreta e, portanto, dependente da efetiva preexistência de um denominado Direito Justo.

> [...] hoje, entende-se por *justiça* a aplicabilidade eficiente e correta das leis vigentes em um determinado país. Um juiz faz *justiça* quando, imparcialmente, sem propender emocial-

> mente para esta ou aquela parte, aplica os preceitos legais cabíveis naquele caso em pauta (JAIME, 1992).
> A *justiça* consiste em aplicar a pena conforme a lei (WHITAKER, 1991).

> Se as leis são injustas, mudem-se as leis. Caso sejam inconstitucionais que assim sejam declaradas. Não cabe ao Juiz deixar de aplicá-las de acordo com sua ideologia, consciência e critério, apoiado em uma suposta "justiça social". Já ensinava *Ennecerus* que, ante à insubordinação do direito positivo ao direito ideal ou à justiça absoluta, deve caber ao legislador a tarefa de corrigir a injustiça através da derrogação da lei má, mas não ao Juiz recusar-lhe aplicação em nome de uma justiça ideal. (BARROS, 1992).

Esta é exatamente a *prisão* e a consequente *servidão* a que estão vinculados todos os Membros do Poder Judiciário (além de todos os demais cidadãos brasileiros), sem qualquer exceção, em sua missão última e derradeira de, - ao dizer o direito a ser aplicado -, realizar, em última análise, o verdadeiro anseio do jurisdicionado, no sentido de alcançar o que ele mesmo ousou definir como *Justo* ou, em termos mais amplos, como *Justiça*.

> O problema que se pode argüir, de início, é saber-se se um juiz pode, *aplicando a justiça*, ser justo. Modernamente esses dois conceitos não são sinônimos. As leis são coercitivas, educativas, estruturantes sociais por excelência. Mas podem ser injustas [...]. (JAIME, 1992).

> [...] O Magistrado não é um homem para se contrapor à ordem jurídica. O Magistrado é um homem para dar concreção a uma ordem jurídica. Ordem jurídica que tem uma feição política irrelutável, porque não tem sentido que você imagine uma contradição dialética dentro do exercício do próprio Poder (PASSOS, 1991).

Imperioso ressaltar que é, de fato, muito difícil para o Magistrado compreender e, principalmente, manter-se nesta limitada condição

de *humilde servo* da lei *lato sensu*, realizador, portanto, de uma *Justiça* adstrita (e, por efeito, limitada), irremediavelmente dependente da criação de um *Direito Justo* (material e processual) por um outro poder, absolutamente soberano e independente, mas, por vezes, *data maxima venia*, distante e divorciado da realidade social e dos verdadeiros anseios dos integrantes do povo, na qualidade de permanentes potenciais jurisdicionados.

> Na verdade, embora com atividades restritas, os juízes *possuem opiniões pessoais* sobre assuntos políticos. O *bom julgador, no entanto, é aquele que consegue deixar sua formação política em segundo plano, no momento do julgamento* e colocar acima dela a preservação da ordem jurídica (SANCHES, 1992).

No entanto, esta específica condição do Magistrado é, em princípio, absolutamente imutável - quer por sua própria vontade em eventual comunhão ou não com uma das Partes do Processo ou, até mesmo, com a plena concordância de ambas as Partes e com o próprio Ministério Público. Assim é que, - não obstante a eventual insistência de um ou outro Juiz em procurar realizar o denominado "Justo"-, a grande totalidade dos Magistrados se veem *conscientes* na inafastável obrigação de ter que aplicar, independente de sua livre vontade, a lei objetiva adequada ao caso concreto, ainda que esta possa produzir, através de sua correta interpretação, um resultado que aparentemente o Julgador possa, em seu juízo particular de valoração, entender como objetivamente "injusto".

> Constituirá, sem dúvida, um perigo insuperável, uma absoluta negação do valor segurança, o admitir-se que os juízes e, muito menos, as partes possam litigar com base no que é justo, dado, sobretudo, à invencível dificuldade de se estabelecer qual é o justo de cada um (DANTAS, 1992).

Essa virtual limitação, é conveniente frisar, atinge a todos os espectros de pronunciamentos judiciais (e, nesse particular, especialmen-

te as medidas liminares), positivos ou negativos (ou seja, por ação ou omissão), na efetiva aplicação de um dado dispositivo legal que, por qualquer motivo, deva ser observado em um caso concreto, levado ao conhecimento do Magistrado.

> Ora, para que algum juiz pudesse ser, realmente, justo, teria de possuir poderes que a sociedade ainda não lhe outorgou. Sua onipotência precisaria ser reconhecida, pois para fazer-se justo, muitas vezes, teria que reformular toda a estrutura social daquele momento histórico. O juiz não faz e nem propõe leis: este poder pertence ao Legislativo e, em certos regimes políticos, o Executivo pode sugeri-las, pode decretá-las [...].
> O lógico seria que os Juízes fossem consultados na feitura das leis para informar serem elas justas ou não. Mas isto não acontece. E, uma vez *impostas as leis, mesmo as injustas, serão cumpridas com conivência pacífica dos Juízes* (JAIME, 1992).

É por esta razão que, independente da simples vontade, derivada da valoração particular e subjetiva do Juiz, não pode o mesmo *conceder*, qualquer tipo de *medida liminar* sem a comprovada presença da totalidade de seus requisitos condicionadores - além da rigorosa observância de todas as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, dotadas do atributo da eficácia relativa às mesmas -, como também não pode deixar, por outro lado, de conceder a medida vindicada, quando efetivamente provados todos os seus pressupostos autorizadores.

Por obra do óbvio, está absolutamente correto afirmar que essas referidas limitações e imperatividades das normas relativas ao Direito Positivo vigente, *no que tange às medidas liminares em particular* (sem excluir os demais institutos), não atingem apenas aos Magistrados, mas, evidentemente, a todos os integrantes da denominada tríade da Justiça (o que inclui, além dos Juízes, os Advogados e os Membros do Ministério Público), bem como ao próprio somatório dos cidadãos em nosso País e até mesmo no estrangeiro.

Trata-se, de maneira efetiva, da inafastável imperatividade - e, por via

de consequência, rigorosa observância - das normas jurídicas de direito positivo referentes (ou não) às *medidas liminares* - por todos (mas, em especial, aos aplicadores da lei) - como natural imposição da *segurança das relações sócio-jurídicas*, dentro do contexto amplo do binário básico do Direito que privilegia, além da dimensão do valor da *Justiça*, fundamentalmente a *Segurança das Relações Jurídicas*[1] [2].

> O direito, portanto, não é uma coisa que gera justiça. O direito é uma coisa que gera ordem. Em termos de exercício de poder, pode ou não gerar justiça (PASSOS, 1991).

Por efeito, devemos concluir não ser possível - a título de aplicação do denominado *direito alternativo* ou a qualquer outro - produzir-se uma verdadeira subversão à ordem legal, - na qualidade de garantidora última da estabilidade social -, criando (sem legitimidade e competência para tanto) um verdadeiro direito paralelo, absolutamente divorciado das normas legais vigentes e da técnica-jurídica própria, efetivamente vinculativa (e, portanto, restritiva) de sua correta interpretação.

As *medidas liminares,* quer em Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Ação Popular ou mesmo como antecipação de Medidas Cautelares Típicas (nominadas) ou Atípicas (Inominadas) -, por sua indiscutível importância (e, principalmente, abrangência de alcance de efeitos e consequências) -, por todas as razões, devem, portanto, ser apreciadas, necessariamente, com a absoluta e inafastável imposição

1 Consoante os ensinamentos de A. L. Machado Neto (NETO, A. L. Machado. **Compêndio de Introdução de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1969). "Ao lado do justo, costuma-se afirmar que formam o plexo axiológico-jurídico um total de sete valores: ordem, segurança, poder, paz, cooperação, solidariedade e justiça. E, ao se privilegiar, demasiadamente, um dos valores, por maior importância que possa ter, no caso a busca do justo, fatalmente se desatenderá aos demais".

2 A respeito ainda desta verdadeira ambivalência do direito é importante salientar o que se convencionou chamar de efetiva existência de uma permanente *tensão dialética* no direito, que se encontra presente no fato de que sob o ângulo da sociedade civil, invariavelmente o direito é visto como a procura desesperada de um meio para a realização do máximo de justiça social, de outro lado, do ângulo dos governantes, da cúpula dirigente, o direito é visto como uma tentativa de dar o mínimo de espaço social aos indivíduos, na partilha do Poder; como tem sustentado, *data maxima venia*, apenas com alguma propriedade, dado o extremado rigor de suas ponderações, Calmon de Passos (PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo, colaboração na obra **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988) (também, a esse respeito, do mesmo autor, **Comentários ao CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, t.1, 1984).

de todos os efeitos sinergéticos derivados da imperatividade da ordem legal-processual em vigor e, por via de consequência, com a rigorosa e imprescindível observância de todos os denominados *"Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares"*.

REFERÊNCIAS

BARROS, Hélio Cavalcanti. Direito Alternativo. **Jornal do Brasil**, edição de 22 maio 1992.

DANTAS, Francisco W.L. Uma abordagem hermenêutica sobre o chamado direito alternativo. **Revista AJUFE**, São Paulo, maio/jun. 92.

JAIME, Jorge. Dois Conceitos: Justiça e Justo. **Jornal do Commercio**, edição de 09 jul.1992.

NETO, A. L. Machado. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1969.

————. **Comentários ao CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v.10, t.1.

PASSOS, J. J. Calmon de. A Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões. **Simpósio de Direito Processual Civil**, 11 maio 1991.

————. Democracia, Participação e Processo, colaboração na obra **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SANCHES, Sydney (Ministro - Presidente do STF). **O judiciário deve cumprir e fazer cumprir a constituição**. GM, 25 jun.1992.

WHITAKER, Fernando. Direito Penal do Trabalho. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 9, 1991.

Correspondência | Correspondence:

Reis Friede
Faculdade Nacional de Direito – UFRJ, Rua Afonso Cavalcante, 275, Cidade Nova, CEP 20.211-110. Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Fone: (21) 3261-8580.
Email: reisfriede@hotmail.com

Recebido: 14/08/2009.
Aprovado: 01/06/2010.