

O PODER DE POLÍCIA NA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

Rafael Pordeus Bezerra Furtado¹

RESUMO

O presente artigo tem como tema o poder de polícia na Justiça Eleitoral brasileira, com o objetivo geral de discutir aspectos jurídicos do instituto. A escolha pelo tema deu-se em razão da pouca literatura encontrada em derredor da matéria e de aspectos relevantes de juridicidade que envolvem a concentração, num mesmo órgão ou poder, de funções estatais distintas (administrativa e judiciária), em aparente prejuízo à separação dos poderes, adotada pelo Estado brasileiro e pela quase totalidade dos países que se classificam como Estado de Direito. No que se refere aos objetivos específicos, dentre outros, foram definidos os seguintes: a) apresentar, sucintamente, os fundamentos, o conceito, as características e os atributos do poder de polícia; b) apresentar o poder de polícia conferido à Justiça Eleitoral; c) fazer uma exposição sobre a técnica de tripartição dos poderes, Estado de Direito, democracia, sistema de “freios e contrapesos”; e d) analisar a juridicidade do poder de polícia conferido ao Juiz Eleitoral, verificando a sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. A hipótese levantada foi a seguinte: o poder de polícia atribuído aos juízes eleitorais é juridicamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, em particular, com o princípio da separação dos poderes, com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da imparcialidade do juiz. Quanto à metodologia empregada, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental, além de consultas à internet. Por fim, a conclusão final a que se chega não é outra senão a de que o instituto do poder de polícia na Justiça Eleitoral não só é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, como imprescindível à consecução dos valores constitucionais envolvidos.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema o poder de polícia atribuído à Justiça Eleitoral, voltando-se a identificar e a discutir aspectos de juridicidade do instituto.

A escolha pelo tema se deu em razão da pouca literatura encontrada em derredor da matéria e de aspectos relevantes de juridicidade que envolvem a concentração, num mesmo órgão ou poder, de funções estatais distintas (administrativa e judiciária), em aparente prejuízo à separação dos poderes, adotada pelo Estado brasileiro e pela quase totalidade dos países que se classificam como Estado de Direito.

Como objetivos específicos, foram definidos os seguintes: a) apresentar, sucintamente, os fundamentos, o conceito, as características e os atributos do poder de polícia, bem assim o seu papel na atualidade; b) promover discussão acerca da autonomia da vontade, direitos de liberdade, igualdade e propriedade; supremacia do interesse público e exercício do poder de polícia; c) narrar a evolução do Estado, do Direito Administrativo, do Direito Constitucional e do poder de polícia, fazendo uma correlação entre os institutos sob uma perspectiva histórica; d) promover discussão doutrinária sobre discricionariedade,

mérito administrativo, poder de polícia e conceitos jurídicos indeterminados; e) apresentar o poder de polícia conferido à Justiça Eleitoral, na forma em que se acha positivado no Brasil, destacando as suas peculiaridades; f) fazer uma exposição sobre a técnica de tripartição dos poderes, Estado de Direito, democracia, sistema de “freios e contrapesos”, e g) analisar, a par de tudo o quanto exposto, a juridicidade do poder de polícia conferido ao Juiz Eleitoral, verificando a sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, no tópico 2, estuda-se o conceito e promove-se a contextualização histórico-jurídica do poder de polícia; no tópico 3, trata-se do princípio da separação dos poderes, sistema de freios e contrapesos e exercício de funções atípicas por cada um deles, enquanto o tópico 4 é destinado ao estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e controle jurisdicional no exercício do poder de polícia. O tópico 5 é dedicado às peculiaridades do exercício do poder de polícia na Justiça Eleitoral.

No tópico 6, tem-se a conclusão deste trabalho. Esta seção, além de uma abordagem geral sobre o tema tratado, traz as conclusões a que se chegou acerca da juridicidade do poder de polícia na Justiça Eleitoral.

A hipótese levantada foi a seguinte: o poder de polícia atribuído aos juízes eleitorais é juridicamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, em particular, com o princípio da separação dos poderes, com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da imparcialidade do juiz.

Quanto à metodologia empregada, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental, além de consultas à internet.

De resto, importa registrar que o artigo visa não mais que estabelecer algumas discussões sobre o poder de polícia na Justiça Eleitoral, buscando fortalecer sua importância dentro da realidade brasileira, instrumento que é de efetivação da igualdade no processo eleitoral, para o qual não se mostram suficientemente eficazes os mecanismos e os instrumentos de que já dispõe, ordinariamente, o Poder Judiciário.

Sendo assim, fica este trabalho como base para posterior aprofundamento, abrindo espaço para o debate e a discussão acadêmica em derredor de tão interessante tema.

2 PODER DE POLÍCIA

Objetiva-se, no presente tópico, conceituar e delimitar o poder de polícia, além de apresentar seus atributos gerais e específicos. O fecho do tópico se dá com uma contextualização histórica do instituto.

2.1 Conceito

Falar em poder de polícia é falar na delimitação de dois direitos fundamentais, a saber, a liberdade e a propriedade. Desses decorrem outros tantos, que se lhe vêm por desdobramento. Mas é possível “encolher” um tanto mais a ideia, referindo-se a tais direitos apenas como direitos de liberdade, isto é, como uma classe de direitos ligados à ideia de autodeterminação, de autogoverno, de autonomia privada, autonomia essa que, diga-se de passagem, acaba por servir de fundamento aos próprios direitos fundamentais. É como explica LIMA (2009):

Afirmei anteriormente que a autonomia da vontade fundamenta praticamente todos os demais direitos. É verdade. A idéia que inspira a proteção da autonomia privada é a de que o Estado deve tratar as pessoas sob o seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhes dizem respeito. Assim, por exemplo, cabe a cada indivíduo decidir por si mesmo que lugares que deseja freqüentar, qual a religião que deve acreditar, com quais pessoas queira se reunir ou se associar, qual a profissão que deseja seguir, quais os livros que pretende ler, e assim por diante. Daí os diversos direitos de liberdade: de locomoção, de religião, de associação e reunião, de profissão, de expressão etc. Logo, a positivação de inúmeros direitos fundamentais decorre diretamente dessa idéia.

A autonomia da vontade é tão importante que as crianças de um modo geral sofrem uma série de restrições que as impedem de exercitarem inúmeros direitos fundamentais por lhes faltar a plena capacidade de discernimento. Assim, por exemplo, elas não podem trabalhar (salvo como aprendizes a partir de 14 anos), não podem freqüentar determinados lugares (como boates ou casas noturnas), não podem comprar produtos específicos ainda que lícitos (como cigarros ou bebidas, por exemplo), nem podem ter acesso a determinadas formas de manifestações artísticas destinadas ao público adulto (como revistas, filmes ou peças de teatro que contenham cenas de sexo, por exemplo). Essas restrições são justificadas em razão do fato de que uma criança, em regra, ainda não tem maturidade para exercer, com plenitude, a sua autonomia privada.

No mesmo contexto, pode-se dizer que o exercício da autonomia da vontade pressupõe que o indivíduo, ao tomar as decisões que afetem sua pessoa, esteja de posse de informações claras e corretas, de modo que ele possa conscientemente avaliar entre todas as escolhas possíveis aquela que melhor reflita seu ideal de vida. O direito privado considera que os atos jurídicos praticados com vícios de vontade em razão de erro, dolo, coação etc. podem ser anulados justamente porque a pessoa que foi enganada ou coagida não exercitou sua liberdade de escolha de forma autêntica.

É preciso ter em mente, pois, que o poder de polícia restringe a autonomia da vontade, o que é viabilizado em razão de sua finalidade, que é atender à coletividade, ao direito do próximo.

Noutro modo de dizer, somente é válido e regular o exercício do poder de polícia quando a restrição que impõe ao particular, seja quanto à sua liberdade em sentido amplo (agir segundo a sua vontade, seu autogoverno), seja quanto à liberdade sobre seus bens, a que se denomina direito de propriedade (exercício do direito de gozar, usar e dispor, segundo essa mesma autonomia, dos bens que o direito reconhece submetidos, no todo ou em parte, ao seu domínio), atenda a um interesse da coletividade cujo resguardo se mostre relevante ou mesmo indispensável ao equilíbrio do corpo social.

Destaque-se, pois, que esse poder de restrição estatal, legitimado na supremacia do interesse público, não é absoluto, devendo-se partir da compreensão da relatividade de seu próprio conceito, isto é, da necessidade de coabitação e harmonização da superioridade coletiva com os interesses individuais envolvidos.

E para que alcance esse equilíbrio, deve operar-se de forma razoável e proporcional, afinal, também é do interesse público a preservação, em máxima medida, dos interesses individuais, ou seja, deve o sacrifício imposto ao particular limitar-se ao estritamente necessário ao resguardo dos interesses coletivos envolvidos, interferindo o mínimo possível na autonomia privada.

Este preâmbulo visa a destacar essa premissa fundamental, legitimadora do agir estatal sob o indivíduo de forma a limitar sua esfera de autonomia. Não se trata de supremacia por supremacia. Se o poder encontra a legitimação na norma jurídica, peculiaridade do Estado de Direito, também o microsistema jurídico, que desiguala administração e administrado, há de encontrar as suas bases teóricas e sociais.

Feita a digressão, porém, já se pode dizer, em rápido apanhado, que o poder de polícia promove a delimitação dos contornos, dos limites do direito à liberdade e à propriedade, tendo um sentido amplo e outro estrito.

Através daquele primeiro, tem-se um agir conforme a lei, em que a limitação é posta, efetivamente, por intermédio de lei *stricto sensu* (ato legislativo típico) e, nesse sentido, não guarda qualquer pertinência com a atividade administrativa e, conseqüentemente, com a função administrativa a que se associa, comumente, a expressão ora tratada.

Conforme Caio Tácito, “esta expressão ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso Brown x Maryland, de 1827; a expressão aí se referia ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadores de direitos, em benefício do interesse público”(apud MEDAUAR, 2004, p. 392). Não é nesse sentido que o assunto é abordado no presente artigo.

Noutra acepção, estrita, quer-se a limitação à liberdade e à propriedade, que advém da atividade administrativa típica².

Outrossim, trata-se de um rótulo que a doutrina moderna entende tecnicamente inapropriado, mas que persiste em uso por razões didáticas e históricas. Mais adequado seria falar em “limitações administrativas” ou ainda em “polícia administrativa”.

Num ou noutro caso, o princípio informador deste poder, que autoriza o Poder Público a condicionar ou restringir o exercício de direitos e as atividades dos particulares, é a supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Entrementes, não se deve confundir poder de polícia com atividade policial ou polícia judiciária.

Não há legislação específica sobre o tema, mas o Código Tributário Nacional (art. 78), ao dispor sobre o fato gerador da espécie tributária denominada taxa, ofereceu conceito bastante aceito e difundido, tal seja:

[...] atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.(BRASIL, 1966)

Clóvis Beznos, utilizando a denominação “polícia administrativa” em lugar de “poder de polícia”, conceitua:

polícia administrativa é a atividade administrativa exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins do direito, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada,

ou delinear os contornos dos direitos assegurados no sistema normativo, quando resultante de mera competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não-fazer (BEZDOS, 1979, p. 76).

Justen Filho, a seu turno, afirma que o poder de polícia, na atualidade, dá-se no sentido de “[...] disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo o princípio da legalidade e da proporcionalidade”(JUSTEN FILHO, 2006, p. 393).

O mesmo autor ressalta que o conceito evoluiu em dois pontos, a saber: a) seu objeto passou da manutenção da ordem pública, enquanto fim exclusivo ou central, à instrumentalização dos direitos fundamentais; e b) deixou de ser apenas o estabelecimento de obrigações negativas, de não-fazer, para atender, também, obrigações de fazer. Assim, “não se busca meramente evitar que um particular produza lesões a terceiros, mas que promova condutas que satisfaçam, do modo mais adequado, os direitos fundamentais alheios e os interesses coletivos” (*ob. cit.*, p. 396/397).

Carvalho Filho (2004), confirmando o que se disse há pouco, realça a existência de um sentido amplo e de um outro, estrito. Para o autor em destaque, por poder de polícia, em sentido lato, entende-se toda e qualquer restrição aos direitos individuais e, em sentido restrito, o poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade, por intermédio da atividade administrativa.

Na mesma toada, Celso Antônio Bandeira de Melo, ao afirmar que o poder de polícia em sentido amplo “Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos”(MELO, 2006, p. 685), enquanto o poder de polícia em sentido estrito,

relaciona-se unicamente com as intervenções, quer gerais ou abstratas (como os regulamentos) quer concretas e específicas (tais como as autorizações, licenças e injunções) do poder executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais(*ib idem*).

Dentre os clássicos da doutrina administrativa no Brasil, Hely Lopes Meireles prefere uma conceituação mais aberta, segundo a qual o poder o de polícia é “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”(MEIRELES, 2008, p. 115).

Além dos atributos comuns a todos os atos administrativos (motivo, forma, finalidade, objeto e competência), tem o poder de polícia atributos gerais, a saber:

a) presunção de legitimidade (que se desdobra em presunção de veracidade e de legalidade): presume-se que o ato é verdadeiro ou verdadeira a sua causa e que está de acordo com o ordenamento jurídico;

b) autoexecutoriedade: o ato é executado, realizado, sem necessidade de intervenção do Judiciário, podendo abranger a exigibilidade (possibilidade de decidir) e a executoriedade (possibilidade de executar o ato, sem intermediários). A executoriedade submete-se à reserva legal, isto é, depende de autorização legal;

c) imperatividade, coercitividade ou exigibilidade: se, de um lado, a autoexecutoriedade permite o agir estatal, a imperatividade impõe a sua observância compulsória por parte de seus destinatários.

Os atributos gerais referidos não chegam a gerar graves dissensões. Diversamente, há um atributo específico, qual seja, a discricionariedade. É aqui que reside a sua maior problemática.

O ordenamento permite ao administrador exercer juízo de conveniência e oportunidade na consecução dos atos decorrentes do poder de polícia, conquanto, em alguns casos, essa margem não chegue a existir.

Pode-se, então, afirmar que o poder de polícia acaba por se confundir, em dado momento, com a própria atividade administrativa estatal, isto na medida em que sempre interfere, em alguma medida, na esfera de autonomia privada do indivíduo.

Percebe-se, outrossim, que o conceito, ligado que se acha à função administrativa, vê-se destinado a transmutar-se, evoluindo ou recrudescendo, à mesma medida que avançam ou recuam as percepções acerca do papel do Estado.

Vale ainda destacar que essas modificações dizem respeito, particularmente, ao objeto do poder de polícia, que transitou da ideia de manutenção da ordem pública para a de instrumento de efetivação estatal de direitos fundamentais, mas se estende, ainda, a outros horizontes, como é o caso de vê-la entregue, ordinariamente, a um órgão judiciário (Juiz), para tornar mais efetivo seu controle sobre a propaganda eleitoral.

Num e noutro caso, o certo é que o seu exercício se amplia consideravelmente, exigindo um maior aperfeiçoamento de sua disciplina jurídica, tanto para que se evitem eventuais abusos e excessos, como para que alcance a sua finalidade, instrumentalizando, de maneira ampla e eficaz, os direitos fundamentais envolvidos.

E é por tal razão que se passa a cuidar, em rápida abordagem, da evolução histórica da atividade estatal.

2.2 Contexto histórico-jurídico

Comece-se dizendo que há uma estreita relação entre o Direito Administrativo, a Administração Pública e o Estado. A própria noção do que seja Direito Administrativo varia de acordo com a ideia de Administração Pública, a qual, por sua vez, é ditada pela concepção de Estado.

Nessa toada, vê-se que o Direito Administrativo, e, por conseguinte, o poder de polícia, começou a brotar, tal como se entende hoje, com o despotismo esclarecido, tentativa dos monarcas de se manter no poder através de concessões ao movimento burguês-iluminista.

Derrogados os poderes absolutos do monarca, visando a sua permanência no poder ante as pressões sociais inspiradas nos ideais iluministas, era preciso, então, estabelecer um regime jurídico extravagante, derogatório do direito comum.

São as bases do Estado de Direito, do governo “do povo, pelo povo, para o povo” (Abraham Lincoln), que começava a germinar. Esse período que o antecedeu ficou conhecido como “despotismo esclarecido”³. Começa o declínio do absolutismo, do

*L'État c'est moi*⁴. Para a manutenção do *status quo*, passou o monarca a fazer concessões, outorgas de garantias e direitos aos administrados.

Essas concessões estribam-se num regime de legalidade. É a lei a fonte da autoridade e não mais o déspota. O Estado é conduzido a um regime de submissão à lei.

Dessa nova realidade, como dito, decorreu a necessidade de se dotá-lo de poderes extravagantes, derogatórios do direito comum. É nesse momento que surge o embrião do Direito Administrativo.

As limitações à liberdade e à propriedade, aos poucos, deixavam de ser fruto da vontade do tirano, como também vai deixando de encontrar fundamento na lógica teocentrista.

O racionalismo iluminista⁵ passa a impor que a atuação estatal se dê em razão da necessidade de um ente que intervenha em função dos interesses da sociedade. O Estado, nesse contexto, tinha a finalidade de manter a ordem pública, devendo intervir o mínimo possível, a par da leitura liberal que marcou o movimento.

Mais adiante, todavia, a falência da autorregulação do mercado, ao lado das mazelas sociais próprias de um regime liberal sem peias, trouxe a lume o Estado Social, aumentando, sensivelmente, as atividades e demandas estatais.

Em síntese, o Estado Liberal intervinha apenas para a manutenção da ordem, logo, a forma hábil de exercitar o poder de polícia seria o negativo, por meio de obrigações de não-fazer.

Com o Estado do Bem-Estar Social, que ganhou corpo após a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, torna-se compreensível que, como destacado por Marçal Justen, o poder de polícia passe a contar, também, com o estabelecimento de obrigações de fazer ou positivas.

Foi preciso, porém, que a sociedade evoluísse em outras questões cruciais para que se chegasse a esse novo momento de compreensão do papel estatal e, conseqüentemente, do sentido e alcance que deve possuir o poder de polícia.

E eis que um outro momento histórico trouxe à baila uma crise no próprio direito: o holocausto nazista.

O positivismo jurídico⁶ acabou por fundamentar, dar sustentação jurídica às mais terríveis atrocidades de que se tem notícia na história, com a quase dizimação da raça judia, dentre outras vítimas do hitlerismo.

Não se trata, porém, de condenar o positivismo, tampouco imputar ao Kelsenianismo a construção de uma teoria perigosa, contrária à humanidade ou de pouco valor científico.

Ao contrário, é preciso ressaltar a importância da Teoria Pura do Direito, a qual conseguiu dar ao Direito o rigor científico de que tanto necessitava, para a própria segurança jurídica das relações versadas.

O massacre nazista trouxe perplexidade à comunidade jurídica. Afinal, as atrocidades cometidas tinham pleno assento de legalidade. Nada fora perpetrado à margem da Lei. Era preciso, pois, colocar o tema novamente em discussão, frente à convicção de

que se estava diante de um crime contra a humanidade que o Direito não fora capaz de ilidir.

Desse modo, a conclusão básica a que se chegou foi a de que era preciso positivar valores universais nas constituições, o que implicou a necessidade de se construir uma teoria jurídica que emprestasse o necessário coeficiente de sustentabilidade e racionalidade à aplicação desse novo modelo.

Com efeito, além do alto grau de abstração desses valores que se passaram a inserir nas cartas constitucionais e do reconhecimento de sua ampla eficácia e juridicidade, a dificultar, sobretudo, a sua aplicação, passou-se a lidar, muitas vezes, com valores contraditórios, aparentemente inconciliáveis.

Em outras palavras, era preciso construir uma nova teoria, uma nova hermenêutica constitucional, um novo constitucionalismo, capaz de responder, satisfatoriamente, a essa nova realidade. É como pontifica Lima (2008, p.12), buscando fundamento em Bonavides (1998),

Tudo levaria a crer que o desprestígio do normativismo kelseniano faria renascer as doutrinas baseadas no direito natural: se o direito positivo não foi suficiente para garantir o justo e evitar a legalização do mal, o direito natural seria a solução. Mas não foi assim. Na verdade, o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, colocando-os a salvo de maiorias eventuais.

Antes, com o positivismo kelseniano, tudo girava em torno da lei, e a lei era tudo; agora, com o pós-positivismo, a lei cede espaço aos valores e aos princípios, que se converteram “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”(BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p 23), tornando “a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições”(BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p 253.)

O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da democracia, seriam tão vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica. A observância desses princípios não seria meramente facultativa, mas tão obrigatória quanto à observância das regras. E o mais importante: as regras somente seriam válidas se estivessem de acordo com as diretrizes traçadas nos princípios, reforçando uma idéia atualmente aceita de que os princípios possuem uma função de fundamentação e de legitimação do ordenamento jurídico.

Por incrível que possa parecer, a simples constatação de que os princípios são normas jurídicas ocasionou uma verdadeira reviravolta na ciência jurídica, especialmente no direito constitucional.

Nesse processo, como é curial, não poderia ficar à parte o exercício do poder de polícia, a demonstrar, ainda que de forma preambular ou indiciária, uma das premissas desenvolvidas com o presente artigo, qual seja, a de que o poder de polícia representa a atividade estatal típica, a função administrativa por excelência.

Joriza Magalhães Pinheiro (2008, p. 13), na dissertação que lhe rendeu o título de mestra, destaca que esse novo constitucionalismo

é caracterizado pelas idéias básicas de supremacia constitucional, normatividade da constituição, incorporação explícita de valores e opções políticas aos textos constitucionais, especialmente os relativos à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.31-34)

Assim, passando-se a lidar com direitos fundamentais, com valores e conceitos juridicamente indeterminados, e com intervenções estatais positivas cada vez mais frequentes e necessárias, igualmente imprescindível evoluir, *pari passu*, a noção de poder de polícia.

Nesse processo, pode-se afirmar que se examina o poder de polícia em um ambiente histórico-jurídico pós-positivista, sobretudo assecratório de direitos fundamentais, guiado por uma Constituição eminentemente social, garantista, não obstante igualmente recheada de inúmeros valores liberais.

A realidade, pois, pano de fundo do presente trabalho, alberga, de um lado, uma nova hermenêutica jurídica, que discute e redimensiona o papel do Estado-Juiz e do Estado-Administração, e, de outro, uma crise de identidade no modelo estatal, representada pela tensão entre o neoliberalismo e o Estado Social.

É consciente dessa realidade que se pretende averiguar as peculiaridades do exercício do poder de polícia pelo juiz eleitoral, a fim de verificar de que forma se pode legitimar a acumulação de duas funções estatais essenciais, separadas para equilíbrio e funcionamento do Estado, consoante dispõe o princípio da separação dos poderes, sem que haja comprometimento ou desequilíbrio dessa repartição.

Passa-se a abordar, de conseguinte, a questão da separação dos poderes, um dos pilares do Estado de Direito, em cotejo com a realidade do poder de polícia atribuído à Justiça Eleitoral.

3 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria dos três poderes ou da tripartição dos poderes remonta a Aristóteles, em sua obra intitulada “Política”, sendo novamente abordada por John Locke, no seu “Segundo tratado do Governo Civil”. Mas foi com Montesquieu (Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu) que alcançou o *status* de que goza na atualidade, sendo por ele explicada e sistematizada no livro “O Espírito das Leis”.

No direito positivo, consta do art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, achando-se inserta na Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º.

A denominação permanece como “tripartição de poderes”, mas, na verdade, trata-se, consoante posição uniforme da doutrina, de “tripartição de funções”⁷. E, por meio dessa tripartição, cada um dos poderes-funções controla o outro e exerce as suas competências.

A repartição funciona como garantia do povo contra o arbítrio e o despotismo, porquanto, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, consagrando tese veiculada na obra do Abade Emmanuel Joseph Sieyès (1998), *Qu'est-ce que le tiers état?* (“O que é o Terceiro Estado?”): “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Enfim, há uma circulação mútua de conceitos que se entrelaçam, a saber, o princípio republicano, o poder constituinte, o Estado Democrático de Direito, a tripartição/separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Pouvóir arrête le pouvóir (“o poder controla o poder”): eis a expressão que sintetiza a idéia de fundo da obra de Montesquieu.

“A tripartição, portanto, é a técnica pela qual o poder é contido pelo próprio poder, um sistema de freios e contrapesos [...], uma garantia do povo contra o arbítrio e o despotismo” (MONTESQUIEU, 1979).

Na expressão de James Madison, “A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou seletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria tirania” (HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J., 1998, p. 79)

Explicitando melhor em que consiste esse sistema de “freios e contrapesos”, emergente da ideia de repartição tripartite dos poderes-funções estatais, leciona Dallari:

Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão se atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica os atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados por atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência (DALLARI, 1998, p. 79).

Não se trata, contudo, de uma divisão rígida, pois, como salienta Kelsen, “[...] é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão vem cumprir simultaneamente ambas funções” (KELSEN, 1998, p. 386).

E, de fato, até mesmo para que se torne mais efetivo esse controle, é preciso que se contemplem intervenções mútuas, visando a elidir ou evitar o abuso de poder. É o que explica Carvalho Filho:

Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição. Por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas),

desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (funções atípicas), sempre, é óbvio, que a Constituição o autorize (CARVALHO FILHO, 2004, p. 3)

Não se quer dizer, porém, que, exercendo função atípica, esteja o órgão de determinado Poder exercendo função típica de outro Poder. Há aqui uma sutileza que precisa ser bem entendida. Pedro Lenza explica:

Importante notar que, mesmo no exercício de função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação dos poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário (LENZA, 2006, p. 223)

Isto importa dizer que o exercício do poder de polícia pelo magistrado decorre do fato de a Constituição Federal ter conferido um plus em relação às funções administrativas que conferiu, de ordinário, aos órgãos jurisdicionais.

Com efeito, além das funções administrativas de que precisa dispor para preservar a sua autonomia e independência, relativa à sua gestão orçamentária e de pessoal, está a Justiça Eleitoral incumbida de realizar as eleições.

E há uma razão especial para tanto, que lança bases na própria teoria da tripartição dos poderes e no sistema de “freios e contrapesos”, qual seja, o fato de que restariam hipertrofiados o poder executivo ou o poder legislativo, quebrando a independência e harmonia exigida, se aos seus cuidados restasse entregue o próprio processo de escolha de seus membros, dada a possibilidade de interferirem com favoritismo em face dos detentores atuais de tais cargos. Afinal, não há critérios objetivos para a escolha dos titulares dos cargos eletivos⁸.

E esse controle não seria viável se a Justiça Eleitoral atuasse apenas como órgão jurisdicional, não só porque é preciso que a alguém se atribua as funções administrativas relativas à condução do processo eleitoral (realização das eleições), mas, sobretudo, porque é preciso que os valores envolvidos (liberdade do voto, igualdade no processo eleitoral, repressão ao abuso do poder econômico e político; probidade e moralidade administrativas; normalidade e legitimidade das eleições, direito ao voto secreto, direto, universal e periódico; princípio democrático etc), de natureza indisponível, não fiquem à mercê do maior ou menor ativismo dos grupos políticos antagonísticos, que levem o assunto ao Judiciário.

Tais grupos desempenham um papel importante, mas agem em nome de seu próprio interesse, logo, é importante atentar para a necessidade de uma postura pró-ativa por parte da Justiça Eleitoral. A inércia é da jurisdição e não da função administrativa. Realizar as eleições, por conseguinte, não se circunscreve à consecução de atos mecânicos, seguindo-se fórmulas, ritos ou praticando atos meramente formais. É como vaticina Fávila Ribeiro:

Por sua finalidade não pode essa Justiça especializada enveredar por um comportamento estático, passivo. Assiste-lhe a responsabilidade pela autenticidade do pronunciamento popular, sendo do seu dever adotar as medidas que realmente assegurem a liberdade de voto e a lisura da sua contagem, impedindo adulteração nos dados emanados das urnas. Quando assim não faça, não se mostra à altura de sua elevada responsabilidade social. Em muitas de suas atribuições, mostra-se aparelhada com o poder de iniciativa, de modo a que possam os seus órgãos agir de ofício. Assim sucede porque muitas de suas atribuições não têm caráter

jurisdicional, sendo, materialmente, administrativas. Com relação a estas, pelo menos, a intervenção da Justiça Eleitoral prescinde do concurso de terceiros. (RIBEIRO, 1998, p. 183/184)

É fato, pois, que as limitações próprias da função jurisdicional, mesmo considerando as correntes de pensamento em derredor de um ativismo e protagonismo judicial, notadamente o princípio da inércia da jurisdição – que se coliga à idéia de imparcialidade e equidistância do Estado-Juiz em face das partes litigantes –, impedem que se leve a bom termo essa incumbência, isto é, somente com a função administrativa ampla, a abranger o exercício do poder de polícia, é que não se terá um “vácuo” comprometedor de um processo eleitoral minimamente garantidor dos direitos fundamentais. É mister, contudo, que se esteja atento para a advertência de Soares (2009):

Com essa concentração das funções fundamentais do Estado nas mãos de um órgão do Poder Judiciário, é essencial o aperfeiçoamento das práticas e a capacitação ou mero treinamento das pessoas que trabalham nesse campo do direito – não se pode esquecer que se trata de uma Justiça especializada. A ausência de percepção de serem duas as responsabilidades dessa Justiça põe em risco toda uma construção democrática de seleção de representantes do povo. Dado funções tão diferentes com conseqüências tão danosas, caso exercidas como se fossem a mesma atividade, a ausência de formação específica do juiz em Direito Eleitoral tem como efeito o arbítrio, quando não separado o papel dessa autoridade e o efeito prático de sua atuação em cada uma das funções.

É interessante perceber, ainda, que os órgãos de cada poder, quando exercem funções atípicas, não as têm de forma ampla, isto é, não há propriamente uma fusão das funções, mas uma circunstancial reunião delas, em torno de um mesmo órgão, sem prejuízo para o exercício das suas funções próprias.

Noutro modo de dizer, v.g., o fato de ter sido adotada, por um Juiz Eleitoral, uma determinada providência no exercício do poder de polícia, não significa que não haverá jurisdição. Ao contrário, estará o ato tão sujeito ao controle jurisdicional quanto qualquer outro ato administrativo.

A questão da imparcialidade do julgador, por exemplo, está solucionada, eis que o Juiz-Administrador não terá o condão de julgar suas próprias condutas.

Outrossim, tem-se a discussão em torno da insindicabilidade do mérito administrativo, bem assim o perigo da discricionariedade indireta ou interpretativa, decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados envolvidos. É o que se abordará no tópico subseqüente.

Importa, então, se apresente, na seqüência, um esboço jurídico relacionando discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, eis que essencial compreender, numa perspectiva pós-positivista, de que forma se lida com os conceitos jurídicos indeterminados ligados ao exercício do poder de polícia (liberdade e propriedade), bem assim com a questão da discricionariedade como atributo capaz de repercutir na juridicidade do poder de polícia conferido à Justiça Eleitoral.

4 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE

Objetiva-se, no presente tópico, definir e cotejar discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, visando identificar se a atribuição de juízo discricionário a

órgão jurisdicional poderia comprometer postulados básicos da jurisdição, assim como a harmonia e separação dos poderes.

4.1 Discricionariedade e densificação

A discricionariedade atribui ao agente estatal, diante do caso concreto, uma escolha, baseada em juízo de conveniência e oportunidade. Noutras palavras, o administrador escolhe o momento de agir, as prioridades, o foco de sua atuação, mas, quando age, deve cumprir o que o legislador desejou.

Segundo lição de Cretela Júnior (1997, p. 95), consiste a discricionariedade, em contraposição ao ato vinculado, em característica do ato administrativo que deixa aos cuidados do administrador decidir, diante de um determinado caso concreto e em face de um limitado rol de alternativas postas à sua disposição.

Parafraseando o citado autor, ao livre e legal pronunciamento da autoridade administrativa, que, consultando a oportunidade e a conveniência da medida, traduz-se em ato desvinculado de prévia regra estrita de direito condicionante de seu modo de agir, num dado momento, dá-se o nome de poder discricionário da administração.

Opõe-se, portanto, à ideia de ato vinculado, em que o administrador, ao efetuar a juízos de subsunção dos fatos à norma, de nenhuma margem disporá para escolher os meios para alcançar-lhe a finalidade e, em última análise, o interesse público.

Diversamente, conquanto não necessariamente excludente da ideia de discricionariedade ou de vinculação, encontram-se os conceitos juridicamente indeterminados. Estes podem ser definidos como aqueles cujo conteúdo e extensão se mostre indefinidos, incertos, inconclusos.

A atividade do administrador, então, não mais diz respeito ao juízo de conveniência e oportunidade, dirigindo-se à delimitação dos conceitos jurídicos que emprestam lastro à atuação estatal, atividade a que se denomina de densificação da norma jurídica. Essa tarefa é diretamente proporcional ao grau de abstração da norma jurídica, isto é, é tanto mais necessária quanto menos objetivo e minucioso seja o preceito legal.

A densificação, como se percebe, consiste em atividade eminentemente interpretativa e, no que concerne ao poder de polícia, deve ser desenvolvida considerando o seu atual contexto histórico-jurídico.

Com efeito, não se pode mais pensar no poder de polícia como atividade voltada exclusivamente à manutenção da ordem pública, cingida a prestações negativas (obrigações de não-fazer), senão como intervenção estatal destinada, sobretudo, à satisfação dos direitos fundamentais e do interesse coletivo, como aponta Justen Filho (2006, p. 393), com a presença de prestações estatais positivas (obrigações de fazer).

Essa atividade de densificação, que deve se apropriar, previamente, da compreensão do papel do Estado, é, por isso, atividade essencialmente exegética, histórica e mutável, porquanto, como sinalado por Celso Antônio Bandeira de Mello, em referência ao poder de polícia, por meio dele se “[...] incumbe à administração pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado”(MELO: 2006, p. 769).

Percebe-se, então, que o exercício do poder de polícia assimila uma tarefa de densificação, por lhe ser próprio delimitar a extensão e alcance dos direitos individuais relativos aos valores liberdade e propriedade. Esses valores constituem conceitos jurídicos indeterminados, objeto do presente tópico.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, tem-se, de um lado, uma certeza quanto às situações que efetivamente o caracterizam e, de outro, uma zona em que os fatos ali contidos, a toda evidência, não se encaixam no conceito.

Entre ambas as zonas observadas, como de resto pode ocorrer também com os conceitos juridicamente determinados, existe uma zona cinzenta, um hiato conceitual.

A diferença fundamental, por conseguinte, a separar os conceitos juridicamente indeterminados dos demais conceitos jurídicos que defluem das normas jurídicas que compõem um dado ordenamento jurídico, reside unicamente na maior ou menor amplitude desse espaço de incerteza. Assim, apenas quando essa zona conceitual tiver grande amplitude é que o conceito jurídico poderá ser qualificado de indeterminado (GARCIA, 2005, p. 67)

Em síntese, enquanto os conceitos juridicamente indeterminados estão a reclamar uma solução de natureza interpretativa, as normas que conferem discricionariedade ao administrador rogam-lhe tão somente que a sua escolha, dentre as possíveis, destine-se e efetivamente resguarde um interesse público, não se olvidando, em todo caso, da necessidade de se sindicarem a razoabilidade do meio escolhido.

O exercício do poder de polícia, nesse contexto, vê-se cercado de possibilidades discricionárias, a saber: a) na delimitação da efetiva extensão dos interesses individuais delimitados (MELO, 2006, p. 769); b) na densificação dos valores envolvidos (liberdade do voto, igualdade no processo eleitoral, repressão ao abuso do poder econômico e político; probidade e moralidade administrativas; normalidade e legitimidade das eleições, direito ao voto secreto, direto, universal e periódico; princípio democrático etc) e, c) na discricionariedade enquanto atributo do poder de polícia, no sentido de permitir ao administrador a definição do motivo e do objeto do ato.

4.2 Densificação como tarefa discricionária

Como logo se depreende, a cogitação da presença de um juízo de discricionariedade, oriundo de conceitos juridicamente indeterminados, decorre da compreensão de que a vaguidade conceitual, não permitindo saber, dentre as opções interpretativas viáveis ou juridicamente sustentáveis, qual a correta, isto é, qual a solução efetivamente reclamada pelo caso concreto, implicaria dotar-se o administrador de uma faculdade discricionária, elegendo-se a solução segundo juízo de conveniência e oportunidade.

A ilação representa, atualmente, a opinião da maioria. Mas há também grandes reservas doutrinárias, mesmo por parte de quem adota essa corrente⁹.

De fato, não se pode negar que os conceitos juridicamente indeterminados, quando menos, acabam estimulando no administrador a adoção de uma atitude discricionária, fazendo-o eleger, dentre as opções exegéticas que se abrem à sua frente, por aquela que, a seu juízo, melhor convenha.

Noutras palavras, ter-se-ia um ato de escolha, quiçá arbitrário ou aleatório, mas, sobretudo, idiossincrático, ideológico ou político, substancialmente limitado apenas pela competência, finalidade e forma prescritas em lei¹⁰, embora o legislador não tenha estipulado essa faculdade de forma expressa. O raciocínio é de que haveria um elemento discricionário na própria atividade exegética.

Eros Roberto Grau, por exemplo, assinala que a atividade interpretativa seria atividade de escolha, de preferência, e não de consequências. Supõe a faculdade do intérprete de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada – sempre, em cada caso, inexistente uma interpretação verdadeira (GRAU, 1988, p. 211/212)

Nesse sentido, uma implicação prática seria a de que, sendo o administrador tão intérprete quanto o julgador, a este último não competiria simplesmente substituir a decisão do primeiro pela sua, devendo aferir, isto sim, os seus contornos, a sua razoabilidade, até mesmo para evitar que as duas figuras (julgador e administrador) venham a se tornar, ainda que por apenas um dado momento, elementos indistintos.

A preocupação, aqui, reside em não se entregar ao magistrado, no mister da função judiciária, ou a pretexto de exercê-la, a própria função administrativa, e vice-versa, sendo firme a orientação jurisprudencial no sentido de que ao magistrado não cabe valorar o mérito administrativo, isto é, a escolha, pelo administrador, de quaisquer das opções que lhe foram facultadas.

No que diz respeito ao poder de polícia do magistrado eleitoral, essa preocupação é agravada pela concentração das funções em torno de um mesmo órgão ou poder e não pode ser olvidada.

Sua atuação, em face disso, opera-se por intermédio de prévia regulamentação dos direitos conferidos através de conceitos jurídicos indeterminados. Há, portanto, um momento intermediário, em que se define a extensão dos conceitos, e outro, posterior, em que os casos concretos são solucionados.

A discricionariedade, nesse caso, mesmo adotada a tese da interpretação como atividade de preferência e não de consequências (GRAU, 1988, p. 211/212), *v.g.*, estaria, em alguma medida, dissolvida por uma prévia intervenção regulamentar, a quase exauri-la.

4.3 Controle jurisdicional e conceitos jurídicos indeterminados

Outro aspecto a ser considerado é o da amplitude do controle jurisdicional. Com efeito, a sindicabilidade dos atos administrativos que visem à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados – caso típico da igualdade ou paridade de armas na disputa eleitoral –, não deixa de ser relativa, isto é, contempla uma possível zona imune ao controle jurisdicional.

É que, se o administrador adotou interpretação razoável, o fato de existirem outras interpretações igualmente referendadas pelo mesmo conceito jurídico indeterminado não autorizam o judiciário a substituí-la pela de sua preferência. Agir dessa maneira implicaria transferir para o órgão jurisdicional parcela da função administrativa, em detrimento da separação dos poderes.

No que diz respeito ao poder de polícia, vale destacar que há dois (02) momentos principais de seu exercício. Um primeiro, em que se está diante da discricionariedade do administrador, que escolhe, segundo juízo de conveniência e oportunidade, o motivo e o objeto do ato¹¹.

No caso da Justiça Eleitoral, essa discricionariedade é mínima, porquanto referente apenas aos procedimentos fiscalizatórios, isto é, a “quando” e a “onde” devem se desencadear essas operações, visando a identificação das condutas passíveis de restrição através do poder de polícia de que se investe o juiz eleitoral¹².

Isto significa dizer que o motivo de uma determinada atividade fiscalizatória contém certa carga discricionária, cabendo ao juiz aferir, por exemplo, diante da própria limitação de seu quadro de pessoal, quais as regiões que devem ser prioritariamente visitadas, qual o roteiro a ser seguido etc. O objeto, no entanto, referente ao poder de polícia eleitoral, é plenamente vinculado¹³.

Há, porém, um segundo momento, anterior ou posterior, em que não se tem mais situação de mérito administrativo, mas de densificação dos valores jurídicos abstratos envolvidos – conceitos jurídicos indeterminados –, a serem prestigiados ou assegurados com a prática do ato. E, como visto anteriormente, da densificação dos conceitos envolvidos, emerge também certa carga discricionária.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Juiz Eleitoral, dotado de poder de polícia, para assegurar a igualdade entre os participantes da peleja eleitoral, desempenha a função atípica de administrador público, buscando reprimir as propagandas que se revelem não consentâneas com a legislação eleitoral e, nesse mister, depara-se com a delimitação das situações em que se tem ou não a quebra dessa igualdade.

No caso da Justiça Eleitoral, o processo de densificação dessa igualdade na propaganda eleitoral decorre de um processo plural, desconcentrado. Noutro modo de dizer, não há concentração excessiva de poderes em torno de um único órgão judiciário.

Primeiro, tem-se a Lei 9.504/07, denominada “Lei das Eleições”, a regular o processo eleitoral. Na sequência, cuida o Tribunal Superior Eleitoral de baixar as instruções necessárias à execução da legislação eleitoral, fazendo-o, a cada pleito, através de Resoluções próprias, que avançam no processo de densificação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Há, portanto, um processo dialético, desconcentrado multifásico e sempre renovado, a mitigar os espaços discricionários, eliminando, em grande medida, a insegurança jurídica, sem, contudo, privar o magistrado de 1º grau ou os Tribunais Regionais Eleitorais (conforme se cuide de eleições gerais ou eleições municipais), situados na “ponta” do sistema, de contribuir, decisivamente, nesse processo, porquanto em contato direto com as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, com a realidade eleitoral local.

Reconhece-se, ademais, que a discricionariedade possível é indireta, isto é, decorrente da faculdade de interpretar, e não a entrega de uma escolha aberta, pura, a um determinado órgão (judiciário ou administrativo).

Não significa, contudo, que se tenha subtraído ao magistrado de 1º grau ou aos juízes dos Tribunais Regionais (consoante se cuide de eleições municipais ou gerais),

no exercício do poder de polícia, a possibilidade de também contribuir para o contínuo enriquecimento dos limites e contornos da norma jurídica abstrata, a operar-se a partir da ideia de “círculo hermenêutico”¹⁴, peculiar ao sistema adotado.

Sobre “círculo hermenêutico”, a revelar esse constante processo de construção, desconstrução e reconstrução do sentido e alcance das normas, interessante o registro das explicações de Bacelar (2009):

A circularidade hermenêutica proporcionaria esse movimento dialético: parte-se de uma compreensão parcial (pré-compreensão) do intérprete, que se aprofunda, decifra, desconstrói, reintegra, restitui e apresenta como resultado a interpretação. A possibilidade de idas e vindas ao e no texto normativo, onde podem ser confrontados: texto e contexto; princípios, regras e normas; fatos e leis; real e ideal; normas infraconstitucionais e Constituição; etc., não em movimento circular propriamente dito (pois pode tornar-se vicioso), mas sim espiral, ou seja, em possibilidade de constante mutação/evolução, oferece maior grau de certeza e confiabilidade ao resultado ou resultados da tarefa interpretativa. Nesse grau de certeza e confiabilidade destaca-se a grande contribuição do presente tema para a efetividade do direito. O círculo hermenêutico, por outro lado, acaba com a ilusão da total imparcialidade do julgador. O que julga e interpreta pode e deve ter pré-compreensão sobre as leis e os fatos que precisar interpretar e aplicar para que seja capaz de avaliar, analisar e julgar as demandas oriundas de litígios que lhes chegam às mãos. Contudo, a circularidade hermenêutica visa impedir que a pré-compreensão ou os pré-conceitos sejam empedernidos ou grafados com inquestionabilidades. Pelo contrário, o círculo hermenêutico requer o questionamento, a confirmação, a comprovação de que a escolha inicial é a correta compreensão do sentido e alcance do Direito ao caso concreto.

Considerados, então, tais aspectos do exercício do poder de polícia na Justiça Eleitoral, descartada se acha a ideia de concentração, em um único órgão, para um mesmo fato, das funções administrativa e judiciária, porquanto: a) o legislador desceu amiúde na elaboração da Lei das Eleições, cuidando de forma bastante específica das situações de propaganda que ensejam o controle inibitório, seja através do poder de polícia, seja pela via jurisdicional; b) a regulamentação do poder de polícia, conferida pelo legislador à Justiça Eleitoral, apesar de possuir espectro normativo, é tarefa de *lege lata* e não *de lege ferenda*, logo, ao menos ontologicamente, não é tarefa de escolha, isto é, não contempla escolhas essencialmente políticas nem participa do mérito administrativo e, c) a presença de conceitos jurídicos indeterminados não gera atividade discricionária, senão a que se admite presente na própria atividade interpretativa, jurisdicional ou não-jurisdicional.

Mas, se a discricionariedade é atributo do poder de polícia¹⁵, de que forma o seu exercício, na Justiça Eleitoral, é verificado? E mais: de que forma pode se legitimar a sua outorga a órgão judiciário sem que se ponha em risco a ideia de separação dos poderes e imparcialidade do julgador?

As peculiaridades desse *munus* serão examinadas no tópico seguinte, tentando-se identificar as respostas.

5 PECULIARIDADES DO PODER DE POLÍCIA CONFERIDO AO JUIZ ELEITORAL

De forma indireta, autorizou o art. 41 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), o exercício do Poder de Polícia pelo Juiz Eleitoral, preconizando, *mutatis mutandis*, que a *propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa*

nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia.

Dirige-se o poder de polícia ali tratado, pois, à delimitação da liberdade assegurada aos partidos políticos, coligações e candidatos, em realizar a divulgação de suas campanhas eletivas, visando à captação legítima do sufrágio do eleitor.

Nessa toada, há algumas considerações preliminares a serem feitas.

Primeiro, é preciso compreender que o exercício desse poder não mais se limita a obrigações negativas, isto é, não mais se destina somente à manutenção da ordem pública, mas, sobretudo, à efetivação de direitos fundamentais e do valor democracia, *segundo o princípio da legalidade da proporcionalidade* (JUSTEN FILHO, 2006, p. 393).

O componente democrático, no caso, impele a que a propaganda eleitoral, delimitada pelo poder de polícia, não se transmude em véu de Ísis, em cortina de fumaça a tolher, do eleitor, a liberdade do escrutínio, através do abuso do poder econômico e da utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social (BRASIL, LC 64/90, art. 22).

Deveras, trata-se de uma distorção, que afeta, de forma oblíqua, a própria liberdade de escolha do eleitor e que se opera, exatamente, por meio de propaganda eleitoral desvirtuada, isto é, aquela capaz de desequilibrar a disputa em favor deste ou daquele candidato, corrente ideológica ou grupo político, a par do exercício irrazoável e desproporcional da liberdade de manifestação do pensamento, a que visa regulamentar a legislação eleitoral.

E a questão da igualdade entre os que concorrem em determinado pleito eleitoral, visando à assunção de cargos e ao exercício de mandato eletivo, é igualdade que se dá, exatamente, dentro do contexto de um processo que se pretende democrático, plural, participativo.

Um segundo ponto a ser considerado diz respeito ao problema da segurança jurídica no processo de densificação dos conceitos juridicamente indeterminados envolvidos (democracia, igualdade, liberdade de manifestação do pensamento, entre outros), a qual se assoma, ainda, a discussão acadêmica travada em derredor da presença ou não de juízo discricionário nesse processo.

Trata-se, contudo, de uma problemática que se vê bastante atenuada com relação ao exercício do poder de polícia na propaganda eleitoral, porquanto derivada a atividade de competência vinculada e não de competência discricionária.

Com efeito, as limitações ao exercício do direito de propaganda eleitoral, no ordenamento jurídico brasileiro, acham-se positivadas de forma bastante objetiva, externando-se através de preceitos específicos, que esmiuçam, em caráter exaustivo, as condutas a serem reprimidas.

E, dada essa realidade, não se outorga ao Juiz Eleitoral competência aberta, discricionária, assim entendida a que se lhe atribuiria a tarefa de “[...] *delinear os contornos dos direitos assegurados no sistema normativo [...]*” (BEZDOS: 1979, p. 76), senão a de, “[...] *com fundamento numa supremacia geral da administração [...]* reconhecer os *confins do direito, através de um processo, meramente interpretativo [...]*” (ib. idem).

Noutro modo de dizer, trata-se de discricionariedade limitada a juízo de conveniência e oportunidade, relativo à própria atividade fiscalizatória, sem maior

injunção quanto ao reconhecimento das próprias hipóteses em que se deve ou não atuar para efeito de delimitação e resguardo dos valores protegidos (igualdade, democracia, liberdade etc).

E isto, por si só, já representa uma peculiaridade do poder de polícia na Justiça Eleitoral, concernente à propaganda eleitoral, que não só empresta segurança jurídica aos envolvidos – no sentido de permitir-lhes, de antemão e de forma clara, saber tais ou quais condutas poderão adotar no exercício do direito à propaganda eleitoral –, mas, sobretudo, implica assegurar ao Juiz Eleitoral condições de manter, especialmente no plano psicológico, a sua imparcialidade de julgador.

Serve, outrossim, para que não haja prejuízo à separação dos poderes, na medida em que ao Juiz Eleitoral não se dá a opção política de delimitar, diretamente, os valores jurídicos que dão sustentação à atividade estatal interventiva, operada através da polícia administrativa.

Regulamentando o exercício do poder de polícia pelo Juiz Eleitoral, vem a Resolução TSE 22.718/08 versar sobre a propaganda eleitoral e condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, dispondo sobre a polícia administrativa da seguinte forma, literal:

Art. 67. O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juizes designados pelos tribunais regionais eleitorais nos municípios com mais de uma zona eleitoral.

§ 1º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão e no rádio; a propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia (Lei nº 9.504/97, art. 41).

§ 2º No caso de condutas sujeitas a penalidades, o juiz eleitoral delas cientificará o Ministério Público, para os efeitos desta resolução.

Art. 68. A requerimento do interessado, a Justiça Eleitoral adotará as providências necessárias para coibir, no horário eleitoral gratuito, a propaganda que se utilize de criação intelectual sem autorização do respectivo autor ou titular.

Parágrafo único. A indenização pela violação do direito autoral deverá ser pleiteada perante a Justiça Comum.(BRASIL, 2008)

Da regulamentação acima transcrita, merece destaque a vedação à censura prévia e o enclausuramento do poder de polícia a um regime de direito estrito, logo, a ser aplicado e interpretado restritivamente, isto é, de forma excepcional. A regra é prestigiada, ou seja, a liberdade de propaganda política, não se submetendo, *a priori*, ao crivo da autoridade judiciária, mesmo que no exercício atípico de função administrativa.

Esses cuidados evitam que o magistrado eleitoral, incumbido de dissolver os litígios em derredor da matéria, seja constrangido a decidir sobre situações que ele próprio, através do poder de polícia, já teria dirimido, seja franqueando, seja proibindo, esta ou aquela conduta.

Ademais, o princípio da inércia da jurisdição, corolário do Estado Democrático de Direito que visa a resguardar a própria imparcialidade e equidistância do magistrado em relação às partes, não sofreria qualquer abalo, isto na medida em que não há aplicação

direta de sanção, mas a simples adoção das medidas urgentes e necessárias para impedir ou fazer cessar a propaganda irregular. Não há, portanto, aplicação de penalidade ou censura prévia.

Outrossim, é perceptível que os casos aptos a ensejar o exercício do poder de polícia na Justiça Eleitoral têm o atributo da discricionariedade esvaziado em razão de achar-se adstrito a hipóteses *numerus clausus* e cujo figurino legal não oferece ao órgão ou agente margem discricionária, isto é, “Neste caso, a autoridade só poderá praticá-lo validamente atendendo a todas as exigências da lei ou regulamento pertinente”(MEIRELES, 2008, p. 138).

De resto, não há margem considerável a um protagonismo ou ativismo judicial que desborde da boa razão jurídica, mas injunção tempestiva, que empresta efetividade a normas que, de outro modo, não alcançariam eficácia social minimamente desejável.

Noutro modo de dizer, nenhuma perplexidade deve advir do fato de que a órgãos legislativos, executivos e judiciários se cometam funções próprias dos demais. A separação dos Poderes, efetivamente, não impede que, além de sua função típica (preponderante), cada um dos Poderes exerça atipicamente (de forma secundária) funções aparentemente atribuídas com exclusividade a outro.

6 CONCLUSÕES

O presente estudo teve por objetivo apresentar, sem esgotar o assunto, o poder de polícia outorgado à Justiça Eleitoral, suas nuances e características, cotejando-as com o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de aferir a sua juridicidade.

Na consecução desse mister, fez-se, inicialmente, um estudo sobre o conceito de poder de polícia, seguido de uma contextualização histórica do instituto, a fim de compreender, de forma ampla, o que representa e a que se destina.

Na sequência, dedica-se o trabalho à separação dos poderes, sistema de freios e contrapesos e exercício de funções atípicas por cada um deles.

O estudo prosseguiu com uma discussão sobre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade, finalizando com a apresentação e análise das peculiaridades do exercício do poder de polícia na Justiça Eleitoral.

Concluído o trabalho, chegou-se a algumas considerações, resumidas nos tópicos subsequentes:

o poder de polícia é limitação à liberdade e à propriedade, decorrente da atividade estatal, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o particular, que evoluiu da idéia de manutenção da ordem pública, caracterizada pela presença de obrigações negativas ou de não-fazer (proibições ou restrições ao particular), passando, na perspectiva do Estado-Social e do neoconstitucionalismo, à ideia de “[...] disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo o princípio da legalidade e da proporcionalidade”(JUSTEN FILHO, 2006, p. 393), de sorte a albergar, também, condutas estatais positivas;

somente se mostra válido e regular o exercício do poder de polícia quando a restrição que impõe ao particular, seja quanto à sua ampla liberdade (agir segundo a sua vontade, seu autogoverno), seja quanto à liberdade sobre seus bens, a que se denomina

direito de propriedade (exercício do direito de gozar, usar e dispor, segundo essa mesma autonomia, dos bens que o direito reconhece submetidos, no todo ou em parte, ao seu domínio), lastreada na supremacia do interesse público, atenda, de forma razoável e proporcional, a esse mesmo interesse público, isto é, que o sacrifício imposto ao particular destine-se ao resguardo de interesses de toda a coletividade, interferindo o mínimo possível na autonomia privada;

entretantes, é preciso estar ciente de que se examina o poder de polícia em um ambiente histórico-jurídico pós-positivista, sobretudo asscuratório de direitos fundamentais;

além das funções administrativas de que precisa dispor para preservar a sua autonomia e independência, relativa à sua gestão orçamentária e de pessoal, está a Justiça Eleitoral incumbida de realizar as eleições.

no caso do poder de polícia conferido ao Juiz Eleitoral, descartada se acha, em princípio, a ideia de concentração indevida (inconstitucional), em um único órgão, para um mesmo fato, das funções administrativa e judiciária, porquanto: 1) o legislador desceu amíude na elaboração da Lei das Eleições, cuidando de forma bastante específica das situações de propaganda que ensejam o controle inibitório, seja através do poder de polícia, seja pela via jurisdicional; 2) a regulamentação do poder de polícia, conferida pelo legislador à Justiça Eleitoral, apesar de possuir caráter normativo (geral e abstrato), é função de *lege lata* e não de *lege ferenda*, logo, ao menos ontologicamente, não é tarefa de escolha, isto é, não participa do mérito administrativo e, 3) a presença de conceitos jurídicos indeterminados não gera atividade discricionária, senão a que doutrinariamente se admita presente na própria atividade interpretativa, jurisdicional ou não-jurisdicional;

as limitações ao exercício do direito de propaganda eleitoral, no ordenamento jurídico brasileiro, acham-se positivadas de forma bastante objetiva, externando-se através de preceitos específicos, que esmiuçam, em caráter exaustivo, as condutas a serem reprimidas. E, dada essa realidade, não se outorga ao Juiz Eleitoral competência aberta, discricionária, senão a de, “[...] *com fundamento numa supremacia geral da administração [...] reconhecer os contins do direito, através de um processo, meramente interpretativo [...]*” (ib. idem);

a discricionariedade conferida à Justiça Eleitoral acha-se limitada a juízo de conveniência e oportunidade relativos à própria atividade fiscalizatória, sem maior injunção quanto ao reconhecimento das próprias hipóteses em que se deve ou não atuar para efeito de delimitação e resguardo dos valores protegidos (igualdade, democracia, liberdade etc);

o princípio da inércia da jurisdição, corolário do Estado Democrático de Direito que visa a resguardar a própria imparcialidade e equidistância do magistrado em relação às partes, não sofre aparente abalo, isto na medida em que não há aplicação direta de sanção, mas a simples adoção das medidas urgentes e necessárias para impedir ou fazer cessar a propaganda irregular, não havendo aplicação de penalidade ou censura prévia;

os órgãos de cada poder, quando exercem funções atípicas, não as têm de forma ampla, isto é, não há propriamente uma fusão das funções, mas a reunião, em torno de um mesmo órgão, sem prejuízo para o exercício das suas funções próprias;

o fato de poder adotar um Juiz Eleitoral uma determinada providência no exercício do poder de polícia, *v.g.*, não significa que não haverá jurisdição. Ao contrário, estará o ato tão sujeito ao controle jurisdicional quanto qualquer outro ato administrativo, não tendo o Juiz-Administrador o condão de julgar suas próprias condutas e,

em razão das peculiaridades do poder de polícia conferido à Justiça Eleitoral, bastante reduzido se acha o risco da insindicalidade do mérito administrativo (e a própria existência de um mérito administrativo), bem assim o perigo da discricionariedade indireta ou interpretativa, decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados envolvidos.

Ademais, é certo que não seria viável que a Justiça Eleitoral atuasse apenas como órgão jurisdicional, não só porque é preciso que a alguém se atribua as funções administrativas relativas à condução do processo eleitoral (realização das eleições), mas, sobretudo, porque é preciso que os valores envolvidos (liberdade do voto, igualdade no processo eleitoral, repressão ao abuso do poder econômico e político; direito ao voto secreto, direto, universal e periódico; princípio democrático etc), de natureza indisponível, não fiquem à mercê do maior ou menor ativismo dos grupos políticos antagonicos que levem o assunto ao Judiciário.

Por fim, importa ser dito que somente com a função administrativa ampla, a abranger o exercício do poder de polícia, é que não se terá um “vácuo” comprometedor de um processo eleitoral minimamente garantidor dos direitos fundamentais. Mais que isso, a outorga dessa tarefa à Justiça Eleitoral lança bases na própria teoria da tripartição dos poderes e no sistema de “freios e contrapesos”, isto na medida em que restariam hipertrofiados o poder executivo ou o poder legislativo, quebrando a independência e harmonia exigidas, se aos seus cuidados restasse entregue o próprio processo de escolha de seus membros, dada a possibilidade de interferirem com favoritismo em face dos detentores atuais de tais cargos.

REFERÊNCIAS

BACELAR, J. A. Fernandes. Interpretação jurídica contemporânea e círculo hermenêutico: percurso histórico-filosófico. São Paulo, mar. 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/jeferson_antonio_fernandes_bacelar.pdf>. Acesso em: 02. Mar.2009):

BARATA, A. Hermenêutica. Disponível em: <<http://phi.no.sapo.pt/hermeneutica1.html>> Acesso em: 02.mar.2009.

BARRUFFINI, J. C. T. Direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, Vol. 2.

BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEZDOS, C. Poder de polícia. São Paulo: RT, 1979.

BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 09.abr.2009

_____. Código Tributário Nacional (1966). Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 09 abr.2009

_____. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504compilado.htm> Acesso em: 09.abr.2009

_____. Resolução TSE 22.718, de 28 de fevereiro de 2008. Disponível em <http://intranet.tre-ce.gov.br/servicos/phpATM/files/Internet/Eleicoes/Eleicoes2008/Instrucoes/Resolucao22718.pdf>> Acesso em: 09.abr.2009

_____. Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm> Acesso em: 09.abr.2009

CARVALHO FILHO, J. dos S.. Manual de direito administrativo.11 ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004.

CRETELLA JÚNIOR, J.. Enciclopédia saraiva de direito.. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 59.

DALLARI, D. de A.. Elementos da teoria geral do estado. 20 ed., Saraiva, São Paulo: 1998

ENCICLOPÉDIA ELETRÔNICA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 09.mar.09.

GARCIA, E. (Coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005.

GRAU, E. R. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. O Federalista, XLVII.

JUSTEN FILHO, M. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006.

KANT, I. (1784).”Beantwortung der frage”: Was ist Aufklärung

KELSEN, H.. Teoria geral do direito e do estado. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, P.. Direito constitucional esquematizado. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, G. M. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Independente futebol clube: uma defesa da autonomia da vontade. Disponível em: <direitosfundamentais.net/2008/07/14/independente-futebol-clube-uma-defesa-da-autonomia-da-vontade>. Acesso em: 16 fev. 2009:

MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno. 8 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004

MEIRELES, H. L. Direito administrativo brasileiro. 34 Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, C. A. B. de. Curso de direito administrativo. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU, C.-L. de S. De l'Esprit des lois. Paris: Flammarion, 2 volumes, 1979.

_____. Do Espírito das Leis. 2a. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

PINHEIRO, J. M.. A responsabilidade do estado-juiz no constitucionalismo contemporâneo.2008. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2008.

RIBEIRO, F.. Direito eleitoral. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOARES, M. A. S. Jurisdição e administração: duas funções da Justiça Eleitoral. São Paulo, mar. 2009. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-12.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2009:

SIEYÈS, E. J. Que é o terceiro estado? Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

¹ Bacharel em Direito pela Unifor. Servidor Público Federal do TRE-CE

² Hely Lopes Meireles oferece conceito de Direito Administrativo largamente aceito pela comunidade jurídica, em que coloca como objeto, além da disciplina jurídica dos seus órgãos e agentes, “[...] as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (MEIRELES, 2008, p. 40). Excluem-se, assim, as atividades em que a Administração Pública atua em igualdade com o particular, bem assim: a) a atividade abstrata, que é própria do legislativo; b) a indireta, que é a judicial e, c) a mediata, que é a ação social do Estado. Desse modo, entende-se que o poder de polícia aqui versado somente alberga o que decorre da função administrativa, que não se confunde com o exercido através da função legislativa, isto é, de forma geral e abstrata.

³ Despotismo Esclarecido: As idéias iluministas foram rapidamente se espalhando por toda a

Europa, principalmente no meio Burguês. Essa classe tinha grande interesse em tais ideias, uma vez que ao pregar a igualdade de classes e o fim do intervencionismo na Economia, por meio de críticas ao Mercantilismo, poderiam garantir a tão almejada liberdade no comércio, bem como a ascensão social. No entanto, os reis absolutos começaram a temer o avanço dessas ideias, pois elas poderiam tirá-los do poder. Assim, a melhor coisa que eles poderiam fazer era usá-las a seu favor, demonstrando que haviam assimilado tais princípios, para que pudessem permanecer como governantes. Tais Reis foram chamados de: Déspotas Esclarecidos e marcaram seus governos por se manterem absolutistas, mas com o emprego de práticas Iluministas. Baseados no ILUMINISMO, os reis da: Prússia, Rússia, Áustria, Espanha e Portugal fizeram uma série de reformas que beneficiaram o capitalismo Burguês, mas SEM a Participação da Burguesia. Com isso adotaram uma política autoritária e paternalista, sendo um tanto liberais, mas não permitiram a participação do povo nas decisões, ou seja, pareciam adotar os princípios da liberdade, mas não os praticavam de fato. O Lema de tais governos era: tudo pelo povo, sem o povo!

⁴ Frase atribuída a Luís XIV (1638-1715), Rei da França, datada de 13 de abril de 1655.

⁵ “O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. Sapere aude! Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! - esse é o lema do Iluminismo” (Kant, Immanuel (1784). Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung)

⁶ O Positivismo jurídico é uma doutrina do direito, que considera que somente é Direito aquilo que é posto pelo Estado, sendo então esse o objeto que deve ser definido, e cujos esforços sejam voltados à reflexão sobre a sua interpretação. Sua tese básica é que o direito constitui produto da ação e vontade humana (direito posto, direito positivo), e não da imposição de Deus, da natureza ou da razão como afirma o Jusnaturalismo. Segundo o positivismo jurídico, seria o direito moderno (positivo) algo imposto por seres humanos para fins humanos (aspecto teleológico). A maioria dos partidários do positivismo jurídico defende também que não existe necessariamente uma relação entre o direito, a moral e a justiça, visto que as noções de justiça e moral são relativas, mutáveis no tempo e sem força política para se impor contra a vontade de quem cria as normas jurídicas. Muitos filósofos e teóricos do direito adotaram o positivismo jurídico, entre os quais se destacaram John Austin, fundador da tradição acadêmica do positivismo jurídico em 1830, Hans Kelsen, que no início do Século XX lança a Teoria pura do Direito, principal obra sobre o positivismo jurídico, e ainda Herbert Hart, autor de O conceito de direito. Em 1950, H. L. A. Hart, principal positivista jurídico da modernidade, lança os fundamentos principais do positivismo jurídico. As leis são fruto dos comandos de seres humanos. Não existe vínculo necessário entre direito e moral, ou entre o direito como ele é e como deveria ser. A análise dos conceitos jurídicos deve ser distinta de preceitos históricos, sociológicos e quaisquer outros. O sistema jurídico é um sistema lógico fechado, onde as decisões jurídicas corretas podem ser inferidas, por meios lógicos, a partir de regras jurídicas predeterminadas sem referência a objetivos sociais, políticos ou morais. Os juízos morais podem ser emitidos, ou defendidos, como o podem as afirmações de fatos, por meio de argumentação racional, evidência ou prova. Na atualidade, há um vasto debate sobre o positivismo jurídico, havendo muitas correntes positivistas assim como muitos críticos dessa teoria (jusnaturalistas,

moralistas), mormente os defensores do chamado Racionalismo Jurídico.

⁷ “Constitui erro falar em tripartição de poderes estatais, uma vez que eles são fruto de um mesmo poder. O poder é um só, quaisquer que sejam as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado” (BARRUFFINI, 2005, p. 39)

⁸ Diversamente, os cargos da magistratura, providos por concurso público de títulos, ou de provas e títulos, não estão sujeitos a injunções políticas ou favoritismos, a par dos critérios objetivos que o regulam.

⁹ Defende-se que a possibilidade de escolha dada ao administrador no âmbito dos conceitos juridicamente indeterminados, acaso admitida, v.g., já não será a mesma de que dispõe no plano de um juízo discricionário. O aspecto político que permeia a atividade do intérprete, nesse caso, não gravita em torno de um juízo amplo de conveniência e oportunidade, porque a escolha do meio, então, dá-se apenas indiretamente. Não é ela, em si, que se confere ao administrador quando se o coloca à frente um conceito juridicamente indeterminado, senão a possibilidade de interpretar, de desenvolver uma argumentação jurídica legítima e legitimada no ordenamento jurídico para esse agir. Ademais, sua atuação se dá, em regra, por injunção direta da lei, que o compele a agir, é dizer, submete-se a regime de legalidade estrita; não há iniciativa própria.

¹⁰ Vale o registro de que os atos administrativos têm por requisitos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Nos atos discricionários, compõem o mérito administrativo, isto é, a discricionariedade do administrador, o motivo e o objeto. Os demais elementos permanecem fora da opção eletiva do administrador. Na lição de Hely Lopes Meireles: “O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar” (MEIRELES, 2008, p. 158).

¹¹ “O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador” (MEIRELES, 2008, p. 156). “Objeto – Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público [...] O objeto, nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo.” (ib idem, p. 157).

¹² O que não elimina, em todo caso, a obrigatoriedade de atuação diante das denúncias que sejam formuladas perante a autoridade judiciária.

¹³ Envolve os seguintes passos: 1. Identificação da infração; 2. Lavratura do auto; 3. Notificação do responsável para a retirada e, conforme o caso, 4. Ordem de retirada da propaganda irregular e, 5. Decisão sobre a aplicação de penalidade.

¹⁴ “A expressão ‘círculo hermenêutico’ denomina duas ordens de factos: a) primeiramente, que todo o acto de compreensão realizado por um sujeito humano pressupõe como sua condição material um horizonte de pré-compreensão. É apenas com base nesta pré-compreensão que se torna possível uma qualquer compreensão. Por exemplo, não seria possível a um dado sujeito humano ter a percepção de um dado objecto, seja um unicórnio

por exemplo, se não dispuser de uma sua pré-compreensão, seja uma ideia prévia de unicórnio. O facto da percepção envolver necessariamente uma operação de reconhecimento de algo no que se dá a ver, pressupõe evidentemente uma compreensão prévia desse algo que se dá a reconhecer. Isto que se diz da percepção, dir-se-á igualmente de todas as modalidades de invocação de sentido por parte de qualquer sujeito de compreensão, seja uma percepção, uma recordação, uma acto de imaginação ou outras formas de consciência actual como actos predicativos (aqueles em que se predica uma propriedade a um substrato de propriedades). b) Em segundo lugar, diz-se tratar-se de um círculo pelo facto de cada nova compreensão obtida a respeito de algo reverter na sua pré-compreensão de tal forma que virá condicionar futuros actos de compreensão. Há, pois, uma circularidade entre compreensão e pré-compreensão que não é viciosa na justa medida em que vem sempre incluindo mais informação.”(BARATA, 2009).

¹⁵ Hely Lopes Meireles elenca a discricionarietà como atributo do poder de polícia. Assinala, que esse mesmo poder de polícia “passará a ser vinculado se a norma legal que o rege estabelecer o modo e forma de sua realização. Neste caso, a autoridade só poderá praticá-lo validamente atendendo a todas as exigências da lei ou regulamento pertinente” (MEIRELES, 2008, p. 138)