

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

A confusão entre fato e norma e a produção normativa de urgência.

Silvio Soares
Acadêmico

Jeanine Nicolazzi Philippi
Orientadora

Florianópolis, 13 de dezembro 2011.

Silvio Soares

A confusão entre fato e norma e a produção normativa de urgência.

**Monografia submetida ao
Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Orientadora: Prof^a Dr^a Jeanine
Nicolazzi Philippi.**

Florianópolis, 13 de dezembro de 2011.

AGRADECIMENTOS

No decorrer da graduação, pude contar com apoios preciosos para minha formação acadêmica e profissional que eu não poderia deixar de mencionar, mesmo correndo o risco de cometer alguma injustiça ao deixar de fazer todas as referências. Logo nos primeiros semestres do curso, o Grupo de Estudos em Filosofia do Direito e Psicanálise, guiado pela professora e minha orientadora Jeanine Nicolazzi Philippi, introduziu-me nas discussões da atual teoria do direito. No âmbito deste grupo, fui inserido no projeto intitulado “As transformações do direito contemporâneo: a flexibilização das ordens jurídicas estatais e a crise da legalidade analisadas a partir da interseção do direito com a psicanálise”, o qual me municiou com textos fundamentais e oportunas indicações bibliográficas que foram imprescindíveis para a elaboração desta monografia. Além disso, o convívio semanal com Fernando Bastos Neto, Gislaine de Paula, Ísis Garcia Leonardo D’Avila de Oliveira, Marcel Soares de Souza, entre outros, foi decisivo para o fomento das ideias desenvolvidas. Na política estudantil, as conversas e discussões não foram menos relevantes para a redação desta monografia. As interlocuções e debates com Adailton Pires Costa, Alexandre Hubert, Anne Auras, Carolina Duarte Zambonato, Eduardo Granzotto Mello, Jullian Coelho Wasielewsky, Tácio Piacentini e outros afetos ou desafetos que, em todo caso, compuseram uma bagagem preciosa que em parte se encontra nesta monografia.

Não poderia deixar de agradecer aqueles que nunca hesitaram em suportar minhas idas e vindas, felicidades e tristezas, conquistas e derrotas que me acompanharam ao longo desses cinco anos e meio. Silvio (pai) e Marina, vocês também foram fundamentais nesta caminhada.

Embora tendo que compartilhar com a monografia um tempo cada vez mais apertado, Leticia animou-me a escrevê-la mesmo quando milhares de novos desafios surgiram a partir de nossa decisão mais importante. Que assim seja nos próximos anos desta família que dá seus primeiros passos.

- Necessidade, explicou o doutor. Com certeza julga que os outros o tomam a sério.

(...)

- Necessidade de mentir, doutor? Objetivou Pascoal.

-De mentir, de matar, de beber água, de abraçar alguém de roer as unhas, tudo é necessidade.

(Graciliano Ramos)

RESUMO

De acordo com o repetido brocardo jurídico, a necessidade não tem lei. Entre outros sentidos, tal adágio pode ser entendido como a necessidade cria sua própria lei. O presente trabalho busca demonstrar como se opera a produção normativa de urgência para analisar seu impacto sobre a dicotomia existente entre norma e fato da teoria do direito. Para tanto, será verificado o conceito jurídico de necessidade, bem como, seus usos e sua evolução até o termo urgência. Verifica-se que o tempo vivenciado atualmente favorece o imediatismo das formas sociais, transfigurando a necessidade em urgência, sem contudo, mudar-lhe completamente o sentido. A partir destas definições fundamentais de necessidade e urgência, a maneira como o sistema jurídico regulamenta a produção de urgência é problematizada pela relação que esta estabelece entre fato e norma. Com o objetivo de melhor esclarecer tal ligação, a teoria do direito em sua vertente positivista demonstra o modo como o princípio da necessidade tem cabimento apenas nas relações de fato, enquanto as normas jurídicas são norteadas pela imputabilidade. Isto leva a crer que a explicação atribuída à produção normativa de urgência que confunde fato e norma parte de premissas equivocadas, uma vez que, entre ambos é necessário um ato decisório eminentemente político. Com o objetivo de demonstrar os equívocos da atual teoria do direito neste ponto, é realizado um estudo paralelo entre produção normativa de urgência e inflação normativa, através do qual se conclui que a lógica implicada nas atuais explicações do tema, as quais advogam pela indistinção entre norma e fato, é própria do sistema jurídico descrito como estado de exceção. Como resultado, a apoteose nominal dos direitos e sua realização incondicional, ainda que por meio de argumentos de urgência, esvazia o debate político e dá ao direito contornos autoritários.

Palavras-chave: Necessidade, fato, norma, produção normativa de urgência, inflação normativa, estado de exceção.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte da Orientadora, da banca examinadora e da Instituição de ensino.

LISTA DE ABREVIações

Art. – Artigo

Inc. - Inciso

Min. - Ministro

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Declaratório de Inconstitucionalidade

MC – Medida Cautelar

MP – Medida Provisória

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DA NECESSIDADE À URGÊNCIA	14
1.1 <i>Necessitas legem non habet</i>	14
1.2 Da necessidade à urgência	20
1.3 Produção normativa de urgência	30
2. PODER NORMATIVO DE URGÊNCIA	35
2.1 Medidas provisórias no Brasil	35
2.2 Poder normativo de urgência, validade e eficácia	43
2.3 Poder normativo de urgência e a distinção entre normas e fatos	46
3. URGÊNCIA E CONFUSÃO ENTRE FATO E NORMA	49
3.1 Produção normativa de urgência e inflação normativa	49
3.2 Urgência e confusão entre fatos e normas	53
CONCLUSÃO	59

INTRODUÇÃO

A estrutura da Teoria do Direito ensinada nas Faculdades de Direito de modo predominante até pouco tempo, descrevia o seu objeto como uma técnica apropriada ao controle das condutas humanas, cuja operação se dava mediante instrumentos normativos formais através da prescrição de parâmetros universais de comportamento. Articulada por uma hierarquização vertical, essa estrutura jurídica podia ser organizada por meio de um sistema que subordina as normas inferiores às superiores como elemento de validade, tendo resguardado sua integridade de decisão mediante o uso dos princípios jurídicos implicados em determinados conflitos antagônicos.

Embora não se possa negar que esse aparato teórico esteja em vigor nos diversos planos de ensino, além de fornecer os instrumentos que permitem analisar e operar o direito, seu potencial explicativo é paulatinamente enfraquecido por mudanças significativas no processo de produção normativa e de técnicas de dominação jurídico-políticas contemporâneas. As facetas deste fenômeno podem ser evidenciadas, ao menos, em três níveis distintos. No primeiro, mediante o constante recurso à utilização no texto legal de termos como, bem comum, justiça social, equidade, pretendendo prover ao direito um maior dinamismo em sua aplicação. Em segundo lugar, a inversão postulado da coerência estrutural em torno de um projeto político-jurídico comprometido com uma promessa de futuro, com um programa de estado e metas finalísticas; as produções legais refletem o imediatismo de normas adaptáveis às diversas situações presentes, ou seja, a elaboração de um direito que só ganha sentido e eficácia através de uma normatividade do caso concreto. E, por fim, observa-se a consecutiva quebra de logicidade e racionalidade dos diversos ordenamentos, que são estruturados não mais com pretensões de unidade, como até então eram pensados, mas a partir de campos, com racionalidade, seletividade e complexidade próprias – o que se torna visível, por exemplo, com o grande aumento de estatutos e legislações especiais.

Para o professor de direitos humanos e ambientais das *Facultés Universitaires Saint-Louis*, na Bélgica, François Ost, as questões acima levantadas, especialmente em relação ao segundo aspecto, não se refletem em problemas novos:

Insistir no caráter instável, efêmero, aleatório da produção jurídica contemporânea tornou-se uma banalidade. Quem ainda se assustaria com isso, já que estamos acostumados com a inflação legislativa, cuja obsolescência programada dos textos é, afinal de contas, apenas uma consequência previsível? Sublinhar o ritmo cada vez mais acelerado da mudança jurídica, geradora de uma forma de “ansiedade”, como o escrevia Carbonnier, não é mais então, verdadeiramente, uma novidade. Já em 1951, não era Savatier que consagrava um estudo à aceleração do direito, notando, não sem um pouco de melancolia, que ‘os juristas de hoje traçam suas linhas sobre a areia de instituições movediças?’ (OST, 2003, p. 337)

A constatação da mutabilidade excessiva do direito contemporâneo foi e continua a ser objeto de constantes estudos empreendidos por juristas de áreas diversificadas. Com esta finalidade, o acadêmico do programa de doutorado em Letras da Universidade Federal de Santa Catarina, Leonardo D'Ávila de Oliveira, destaca que o célebre jurista Francesco Carnelutti em um texto datado de 1963 já verificava a multiplicação excessiva das leis e a conseqüente diminuição de seu “valor” em franca comparação com a inflação monetária (*cf.* OLIVEIRA, 2009, p. 6).

Por outro viés, e em períodos mais recentes, o professor de sociologia da Universidade de São Paulo, José Eduardo Campos de Oliveira Faria, argumenta que a ampliação da complexidade social põe em xeque os tradicionais modelos normativos engendrados no âmbito do Estado-nação. Para o autor, a globalização econômica, os novos paradigmas de produção, as implicações diretas de um mercado considerado a partir da “economia-mundo” e as questões envolvendo a nova ordem econômica mundial implicam na crise dos paradigmas jurídicos tradicionais.

Embora sejam diversificadas as maneiras pelas quais a produção normativa contemporânea é analisada, desconsiderar a maneira acelerada através da qual ela se opera parece ser um equívoco afastado por estudiosos que se debruçam sobre o tema. Nesse sentido, François Ost transparece que “não é argumentando na via do ‘chega de mudança’ que percebemos a radicalidade do fenômeno. Seria bom, antes, inverter a perspectiva e falar de ‘substituição de paradigma’” (OST, 2005, p. 337). Igualmente, José Eduardo Faria dedica um trabalho original no sentido de “mapear os tipos de instituições, regulações e culturas jurídicas que vêm sendo forjados pelo processo de transnacionalização dos mercados de insumos, produção, consumos, capitais, finanças (...).” (FARIA, 2004, p. 54).

Observa-se, portanto, que em termos de produção normativa, há uma mudança em trânsito, especialmente nos enredos acadêmicos. Isto autoriza a afirmação de que se nos apresenta uma mudança de regime ou de paradigma:

Toda essa sofisticada técnica (...) é que está sendo posta em questão (...). Desde a eclosão de tal questionamento, essa noção de ‘fronteira do conhecimento’ revelou-se insustentável; cada vez mais o tipo de reflexão jurídica até agora prevalecente na formação profissional dos operadores do direito se mostra incapaz de interpretar em seus próprios termos, fatos inéditos; e de rescrever, em sua própria linguagem, teorias de natureza ‘crítica’. As dificuldades atualmente enfrentadas pela dogmática jurídica parecem configurar uma situação onde as várias alternativas a ele propostas (a) ou retomam importantes controvérsias e posicionamentos de

um passado que se julgava inteiramente superados, ou (b) propõem questões inéditas que somente podem ser enfrentadas por meio de análises a um só tempo sociológicas, políticas e econômicas (...). Períodos históricos como esse, quando passa a ser trivial lamentar a ausência de regras e questionar o conteúdo, a forma, o alcance e a fronteira da ciência, são também momentos bastante ricos e criativos de catarse e de autocrítica. São, em outras palavras, momentos de *revolução paradigmática*. (FARIA, 2004, p. 46-47)

Frente a esta situação, o tema da produção normativa merece ser abordado a partir de alternativas às leituras tradicionais. O objetivo deste trabalho é justamente estabelecer uma relação entre produção normativa e teoria do direito, buscando, mais especificamente, verificar se uma produção normativa lastreada na urgência colabora para, no plano teórico, criar uma indistinção entre normas e fatos. Por essa via, a leitura de Leonardo D'Ávila de Oliveira a respeito do tema da produção normativa, aponta que esta não pode ser encarada como mero aumento quantitativo das normas jurídicas:

A quantidade de normas não é tão danosa quanto à crescente abertura de critérios e adoção de métodos completamente alheios a uma lógica jurídica, que certamente são muito benéficos para o mercado, que exige um alto grau de exatidão, eficácia e pragmatismo, sendo conveniente um direito essencialmente decisório. (OLIVEIRA, 2009, p. 151)

Para além da problemática do número de normas, Oliveira deposita relevância explicativa nas atuais teorizações do direito, as quais compõem as leituras contemporâneas dominantes, para, a partir delas, conceituar a inflação normativa:

Portanto, o principal problema da inflação normativa não está na quantidade de normas, em sua clareza ou na possibilidade de assimilação, mas em um excesso hermenêutico que abre, sob a falsa pretensão de regular menos ou regular melhor, mesmo que por delegação (Habermas e em menor grau Luhmann), já não emite mais regra alguma. (OLIVEIRA, 2009, p. 151)

É possível traçar alguns paralelos entre inflação normativa e produção normativa da urgência, o que não significa que ambos se confundam. Como se verá mais adiante, não se pode estancar totalmente a influência de um fenômeno sobre o outro, especialmente quando se trata da produção normativa praticada recentemente. Nesse sentido, existem alguns pontos de contato entre os dois fenômenos que serão abordados no presente trabalho quando úteis para explicar melhor as formas pelas quais a urgência age na produção do direito.

A opção por delimitar o objeto em produção normativa de urgência – e não apenas legislativa, regulamentar ou judiciária – decorre da conveniência de estudar o fenômeno em todos os níveis da produção jurídica. Logo, serão abordadas

as atividades normativas exercidas no âmbito de atuação do poder estatal como um todo. Entre outras conveniências, a opção de abarcar a totalidade do poder estatal permite evitar que se discutam alguns lugares-comuns a respeito do problema como, por exemplo, a usurpação da atividade do Poder Legislativo pelo Poder Executivo no caso das Medidas Provisórias, ou a conveniência ou não de regulação do mercado financeiro através de normas emitidas pelo Banco Central.

O trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro é dedicado ao estudo do conceito jurídico de necessidade e do seu desenvolvimento até a definição de urgência. Em seguida, será analisada sob o ponto de vista dogmático a medida provisória com o intuito de levantar a problemática da distinção entre normas e fatos, a qual é abordada sob a ótica da ciência jurídica. Ao final, é desenvolvida a indistinção entre fato e norma, bem como, criticadas as formulações teóricas que a sustenta.

1. DA NECESSIDADE À URGÊNCIA

Trabalhar com a produção normativa de urgência exige, em um primeiro momento, uma breve familiarização com o próprio conceito de urgência. Este, por sua vez, pressupõe o domínio da noção de necessidade. O questionamento sobre a origem dos usos do termo necessidade nos ofícios jurídicos e sua evolução até urgência que passa a reclamar além da imperiosidade da necessidade o aspecto cronológico, tal qual conhecemos presente no texto da própria Constituição Federal será feito com o substrato teórico fornecido por juristas, filósofos do direito, vocabularistas e de modo original através da análise dos usos atuais dos termos na atividade jurídico-política recente.

1.1 *Necessitas legem non habet*

De acordo com o repetido adágio latino, *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei. Para o filósofo Giorgio Agamben, o brocardo deve ser entendido em dois sentidos opostos, “a necessidade não conhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei”. Agamben observa que em ambos os casos, a teoria do estado de exceção se define totalmente na do estado de necessidade “de modo que, o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele” (AGAMBEN, 2004, p. 40).

Embora a supracitada obra trate primordialmente do estado de exceção como paradigma de governo da modernidade, uma relevante parcela é dedicada ao tema da necessidade como conceito jurídico. Neste momento, reconstroem-se os debates sobre a relação entre norma, decisão e exceção, os quais culminaram na formação dos instrumentos jurídicos e políticos contemporâneos como, por exemplo, a medida provisória, as delegações de produção normativa à Administração e a utilização sistemática da urgência como elemento primordial da produção normativa contemporânea.

Na história recente do Brasil, não faltam exemplos de situações em que a relação entre norma, decisão e exceção poderia ter sido posta no centro dos debates jurídicos nacionais. Especialmente nos marcos das regulações econômica e social, uma grande quantidade de elementos externos ao direito reclama sua normatividade, sua *vis obligandi*.

Ainda durante a ditadura militar, Eros Roberto Grau, então professor de direito econômico na Universidade de São Paulo, verificou a efetividade das normas emanadas em grande número e em efêmero espaço de tempo pela

administração que tinham o intuito de regulamentar uma infinidade de transações econômicas, como, por exemplo, temas da política monetária e questões relativas aos contratos de consórcios. Em 1977, publicou a expressão “capacidade normativa de conjuntura” na Enciclopédia Saraiva de Direito:

Desenvolve-se assim, mediante a edição de normas emanadas do Poder Executivo, seja da administração centralizada, seja de alguns de seus entes autônomos, uma dinâmica capacidade normativa, com que se confere resposta à exigência de produção imediata de normas jurídicas, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor. A essa potestade, em função da qual tais normas são geradas dentro de um clima de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denominamos “capacidade normativa de conjuntura” (GRAU *apud* VEIGA DA ROCHA *in* FARIA, 2002.).

Posteriormente, sob a égide do período democrático, foi durante as reformas econômica e administrativa que se pôde perceber mais explicitamente a importância que a urgência exerceu para a produção normativa. Ao explicar brevemente a gênese do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, o Banco Central do Brasil traz à tona a problemática da relação entre necessidade e produção normativa:

Intervenção ou reorganização?

Uma crise bancária pode ser comparada a um vendaval. A credibilidade é o aspecto de maior relevância para a indústria bancária. Uma corrida aos bancos pode ser resultante da perda de credibilidade de poucos, mas, certamente, em função do efeito dominó, provocará transtornos graves para todos, inclusive nos setores produtivos da economia. Por outro lado, a solução para problemas dos bancos, baseada nos regimes especiais de intervenção, liquidação e administração especial temporária, previstos em lei, resultam em custo social muito mais elevado do que a ação prévia das autoridades, ao promover a transferência de controle das instituições a outras mais eficientes.

O conjunto composto pela Medida Provisória nº 1.179 e a Resolução nº 2.208, ambas de 3/11/95, implantou o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), que veio para ordenar a fusão e incorporação de bancos a partir de regras ditadas pelo Banco Central. Sua chegada, logo após a crise do Econômico, o 22º banco sob intervenção/liquidação desde o real, implantado em 1º/7/94, não deixa de ser, entretanto, uma forma do governo antecipar-se a outros problemas, e facilitar o processo de ajuste do SFN. Com o Proer, os investimentos e a poupança da sociedade ficam assegurados. Há uma adesão incondicional ao mecanismo de proteção aos depositantes, introduzido pelas resoluções 2.197, de 31/8/95, e 2.211, de 16/11/95, do CMN, evitando que futuros problemas localizados possam afetar todo o sistema, com reflexos na sociedade brasileira.

A edição da Medida Provisória nº 1.182, em 17/11/95, portanto duas semanas após a MP nº 1.179, deu ao Banco Central o aparato legal de que necessitava para conduzir o sistema financeiro a um novo modelo, outorgando-lhe o poder de deixar no sistema somente as instituições que tiverem saúde, liquidez e solidez. O BC viu assim multiplicada a sua responsabilidade perante o país, mas, por outro lado, passou a deter os instrumentos para sanear o sistema.

A partir desse novo instrumental, o Banco Central pode agir

preventivamente com mais eficiência. Passa a ser possível transformar em uma exigência formal aquilo que o BC somente usava a título de sugestão. Aliás, o caráter preventivo do Proer foi ressaltado pelo presidente Gustavo Loyola em todas as oportunidades em que falou sobre o assunto. “Não estamos beneficiando o banqueiro A ou B”, disse Loyola em discurso aos membros da Associação Brasileira das Empresas de Leasing (ABEL), no dia 17/11/95, “a preocupação não é favorecer os bancos, mas preservar o sistema e a economia com um todo”. Na definição do ministro da Fazenda, Pedro Malan, a MP 1.182, ao ampliar o leque de poderes do BC, pretende fortalecer o sistema financeiro e proteger os depositantes. Segundo o ministro, o país vai passar por um processo de reorganização societária no segmento financeiro da Economia (acompanhando o que ocorre nos demais países) cuja dinâmica, entretanto, não é possível antecipar mas que, garante ele, “não será traumático”.

A esse respeito, os jornais do dia 19/11 trouxeram o pensamento do vice-presidente do Federal Reserve Board (o Fed - o banco central americano), Marvin Goodfriend: “é muito importante montar um sistema preventivo de crises antes que os problemas aconteçam”. Sua afirmação é sustentada num simples fato: os contribuintes dos Estados Unidos já gastaram US\$ 25 bilhões para socorrer o sistema de poupança e empréstimo do país. Mas a previsão do governo é que o problema somente será resolvido com o aporte de mais US\$ 100 bilhões.

Também defendem o caráter preventivo do Proer os ex-ministros Mário Henrique Simonsen e Ernane Galvêas. Para Simonsen, o BC necessita ter elementos que “forcem os bancos a se corrigirem”. Lembra ele que o Federal Reserve estabelece nota para cada instituição, de um (empresa em situação de normalidade) a cinco (empresa com elevado grau de risco) Os bancos que recebem nota cinco são obrigados a apresentar imediato plano de reestruturação. Para Galvêas, países como Venezuela, Argentina e México enfrentaram graves problemas com bancos falidos “há precedentes e o BC quer evitar que isso venha a acontecer no Brasil” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011).

Antes de adentrar na relação entre necessidade e produção normativa propriamente dita, cabe delimitar os usos jurídicos de necessidade e conhecer o percurso que o conceito percorre até a formação do atual conceito de urgência.

Etimologicamente, a palavra necessidade (século XIV) tem origem análoga a necessário (século XIII), oriunda do *nesesse* latino, do qual proveio *necessarius* e de que se formou *necessitas* e *necessitatis*¹. Esta significa condição indispensável, inevitabilidade, força maior, dever, irrecusabilidade, poder indeclinável². Necessidade, portanto, denota uma imposição da qual é impossível esquivar-se, algo superior à vontade humana³.

Em seu uso remoto, os provérbios nos quais figura a *necessitas* imputam um uso bastante preciso quando relacionado ao direito⁴:

1 Para maiores detalhes, ver CUNHA, Antônio Geraldo. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2007, p. 546.

2 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 552.

3 *Op. Cit.*, p. 522

4 *Op. Cit.*, p. 522

*Necessitas facit justum, quod de jure non est licitum*⁵.

*Necessitas caret lege*⁶.

*Necessitas non habet legem*⁷.

Nas três acepções clássicas de *necessitas* referindo-se ao direito, está implícita a noção de exceção à regra. Trata-se de uma situação que amotina as normas estabelecidas e inaugura um direito singular e circunstancial. Atualmente, contudo, a palavra necessidade pode desempenhar significados bastante distintos⁸. Sem pretender uma amostragem exaustiva, em dado contexto, necessidade adquire a forma daquilo que é absolutamente indispensável. Noutro, significa pobreza ou estado de privação.

Assim como para a linguagem natural, necessidade pode assumir os dois sentidos quando utilizada no discurso jurídico. Portanto, juridicamente, ora seria “a *força imperiosa, o motivo irresistível* em que se funda a situação, que por *necessidade*, se procura remover para que se evitem os resultados do fato ou da ação que a geraram” (SILVA, 1998, p. 552); ora remeter-se-á a um *estado de privações*, no qual o indivíduo não possui meios nem recursos para sua própria manutenção ou subsistência, ou tendo-os insuficientemente, segundo o que lhe é devido, configurando-se próximo ao segundo significado (SILVA, 1998, p. 552).

Ampliando os sentidos acima expostos, De Plácido e Silva, célebre vocabularista entre os juristas, ao definir necessidade na seara do direito, arrola quatro possíveis acepções para o termo, dentro da significação que está inserida na necessidade enquanto indispensabilidade.

A primeira refere-se à necessidade como dever jurídico:

Na acepção jurídica, necessidade é a *indispensabilidade*, é a *imprescindibilidade* ou a *substância*, que não se pode dispensar, ou omitir, porque é *necessária* e *obrigatória*, para que as coisas se apresentem como devem ser apresentadas e se façam como devem ser feitas (SILVA, 1998,

5 A necessidade transforma em justo aquilo que o Direito reputava ilícito.

6 A necessidade não obedece às leis

7 A necessidade não tem leis.

8 Necessário: 1 absolutamente preciso; essencial, indispensável (...) 2 o que se não pode evitar, imprescindível, inevitável, forçoso (...) 3 que deve ser cumprido, preciso (...) 4 FIL em lógica, diz-se do que não pode deixar de se seguir a uma hipótese, condição ou proposição (...) 5 FIL para os estoicos, diz-se de proposição que, sendo verdadeira não é capaz de ser falsa ou que circunstâncias exteriores impedem de ser falsa 6 LING diz-se ao caráter do signo que vincula implicitamente a coisa ao nome, o significante ao significado e se impõe aos falantes, não podendo estes modificar a escolha arbitrária feita na origem (...).

Necessidade: 1. qualidade do que é necessário 2 o que não se pode evitar (...) 3 o que é imprescindível (...) 4 o que é útil; conveniência (...) 5 carência (do que é preciso) falta (...) 6 precisão momentânea, apuro 7 extrema penúria, pobreza miséria (...) 8 funções fisiológica relativas ao aparelho excretor (...) indispensável (...) (HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, 2009, p. 1.346)

p. 552).

De Plácido explicita que nesta acepção, necessidade evidencia a regra a medida, a formalidade legalmente imposta para que se pratique um ato jurídico, seja como solenidade preliminar ou elemento e forma do próprio ato. Este é o sentido que parece fundamentar diversos usos jurídicos do termo, tais quais: necessidade de citação; necessidade de perícia; necessidade de medida cautelar, etc. Não há uma criação normativa, apenas um uso de necessidade que se confunde com a própria existência da prescrição normativa.

A segunda traz a necessidade como justificativa de medidas não prescritas – tampouco proibidas – para a observância das normas.

Como justificção à prática de certos atos ou à determinação de certas medidas, sem se mostrar, portanto, a *obrigação* para que se faça como se estatui no texto legal, a *necessidade* exprime a *imperiosidade* ou a *indispensabilidade* daquilo que se quer fazer, pelo que vem justificar os *meios*, que se põem em execução para que se faça o que é forçoso (SILVA, 1998, p. 552).

O autor nesta segunda definição utiliza para diferenciar, na observância da legalidade, as medidas úteis e as necessárias, sendo que aquelas não apresentam imperiosidade e imprescindibilidade, características intrínsecas da necessidade. A acepção ainda se mantém em relação ao dever jurídico, não para garantir sua existência, mas para exigir medidas que possibilitem seu cumprimento.

Uma terceira acepção terminológica admitida por De Plácido é a necessidade como fonte da própria lei.

No conceito do Direito Público, a *teoria da necessidade* vem justificar, em certos casos, as medidas governamentais, mesmo que possam ferir ou suspender, provisoriamente, preceitos legais, a respeito de direitos individuais.

Neste caso, têm aplicação os brocardos jurídicos aludidos, em virtude dos quais se acentua que a *necessitas nom habet legem*, visto que formula a própria lei (SILVA, De Plácido e, 1998, p. 552).

Neste sentido, o *estado de necessidade* de ordem geral é decorrente de fatos que tornam imperiosa a execução de determinada medida, incluindo suspensão, extinção ou criação temporária de direitos, que naquele se justificam. Em relação ao direito público, a necessidade é a do próprio Estado, “e se exercita, também, por força de seu supremo poder de atender aos interesses da coletividade, superpostos aos interesses individuais” (SILVA, 1998. p. 552). Neste sentido, em determinadas situações, o governo ou as autoridades instituídas estariam investidos em poderes excepcionais capazes de restringir e até mesmo ignorar os direitos dos particulares.

A última forma de utilização de necessidade verificável na obra de De Plácido é aquela em que aparece utilizada como justificativa da não aplicação da regra na norma em Direito Civil e em Direito Penal:

Em *Direito Civil*, a necessidade, também, é poderoso elemento de justificação à feitura de coisas ou à prática de atos, quando se mostram imperiosos ou necessários, em face de circunstâncias, que obrigam ou determinam *que se faça o que não se pode deixar de fazer*, mesmo que possa ferir interesses alheios.

(...)

Em *sentido penal*, outra acepção também não possui o estado que se deriva a necessidade.

É a força *imperiosa*, o *motivo irresistível*, em que se funda a *situação*, que, por *necessidade*, se procura remover, para que se evitem os resultados do fato ou da ação que a geraram (SILVA, De Plácido e, 1998, p. 552).

Neste caso, necessidade serve como justificativa para fazer algo que normalmente não seria permitido – mesmo que possa ferir interesses alheios.

Sobressai a função da necessidade como circunstância excludente da incidência normativa. O Código Penal brasileiro, por exemplo, em seu art. 23, inc I, arrola o estado de necessidade como excludente de ilicitude, ou seja, circunstância que impede a incidência normativa ao fato típico, embora este continue sendo crime. O art. seguinte conceitua o estado de necessidade nos seguintes termos:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir. (BRASIL, 1940).

Na seara do direito civil, outrossim, o conceito de estado de necessidade adquire relevância legal expressa na teoria dos atos ilícitos. Neste caso, segundo o art. 188, excluem-se dos atos ilícitos os agentes que deteriorem ou destruam coisa alheia, inclusive lesão pessoal, a fim de remover perigo iminente. Cabe transcrever o parágrafo único do dispositivo citado:

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. BRASIL, 2002.

Um quinto significado possível e que não foi tratado por De Plácido e Silva é a necessidade como o motivo para que determinado caso particular escape à obrigação da observância da lei. Neste caso não haveria suspensão ou criação do direito, apenas a subtração de uma situação à norma, a qual, em tese, deveria ser submetida⁹.

Embora todos os significados tenham relevância jurídica, é a

9 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 41.

terceira acepção que engendrada no seio da teoria da necessidade, desperta maior interesse nesta pesquisa. A necessidade encarada como fonte da lei, quer dizer que em determinadas situações que configurem *estado de necessidade*¹⁰ inovar-se-ia no direito criando, extinguindo ou suspendendo preceitos legais, pois *necessitas non habet legem*.

Como discutida acima, *necessitas* é uma condição de indispensabilidade e inevitabilidade. Para De Plácido, assim como para a grande maioria dos juristas, necessidade é uma imposição superior à própria vontade humana. Não há escolha possível perante o estado de necessidade que se predetermina. Nesse sentido, a um só passo, o estado de necessidade tem potencial para criar direito e não obedecer a ele. Ou seja, potencialmente, o estado de necessidade é, por definição, um poder ilimitado de criação normativa.

Como visto, a necessidade pode ser entendida relacionada com a subtração de determinada situação à regra, portanto, relativo a um sentido negativo de necessidade. São diferentes dos usos de necessidade que quando somadas ao elemento tempo referem-se a um potencial criativo de direito. Distintamente da necessidade absoluta que permeia as fórmulas clássicas, há uma visível zona de subjetividade na necessidade enquanto elemento da urgência ante seu caráter eminentemente normativo.

1.2 Da necessidade à urgência

Entre necessidade e urgência, um elemento dá aval às normas produzidas: o tempo. A produção normativa não pode prescindir do tempo, seja ela uma norma instituinte de um novo arranjo social ou uma norma mantenedora de determinadas práticas.

Em sua obra “O tempo do direito”, François Ost alerta para os riscos do tempo estático para o tecido social. Este tempo, marcado por um presente estéril manifesta-se através de duas faces. A primeira, “passado que não passa” está visível ainda hoje na impunidade dos genocídios praticados em Ruanda, fazendo ruir qualquer esperança de reconciliação (Cf. OST, 2005. p. 10). A segunda, “presente que se eterniza sem projeto” é uma alusão à impossibilidade de estabelecimento de

10 No sentido destacado, necessidade aparece sempre mencionada sob a designação técnica *estado de necessidade*.

compromisso, o presente estéril, tempo do tirano (Cf. OST, 2005, p. 10). Neste caso, segundo o filósofo belga, a proliferação de medidas jurídicas urgentes e provisórias, nas suas palavras, “traços frágeis de um direito efêmero”, seriam sintomas deste presente cristalizado, uma vez que tais medidas são incapazes de orientar duradouramente o futuro.

A consolidação da entropia como tempo das sociedades contemporâneas se traduz em um déficit de historicidade e compromisso, resultados de um presente saturado pelo instantâneo. “O presente, sempre fugitivo, constitui-se atualmente como principal representação do tempo, símbolo de uma sociedade que perdeu sua crença na história” (SUE, R. *In* OST, 2005, p. 27). Nas palavras de François Ost:

Privadas de um elo vivo com o presente, as tradições se ressecam e alimentam apenas na melhor das hipóteses um discurso erudito e na pior, uma nostalgia reacionária; amputadas das aspirações do próprio presente, as projeções de futuro procedem apenas da ficção científica ou de utopias incapazes de concretização (OST, 2005, p. 28).

Nossa cultura corre o risco de encontrar-se frente a:

(...) um passado repentinamente tornado estranho, um futuro opaco e improvável – e entre os dois: um presente reduzido às pancadas do instantâneo, aos sobressaltos da urgência, à insignificância do dia a dia (OST, 2005, p. 29).

Entretanto, é própria do apanágio da cultura e, portanto, da ética, da política e do jurídico a manutenção do elo entre passado e futuro, memória e expectativa. O direito, como fenômeno da cultura, abriga muitas construções e práticas que contribuem para a manutenção deste tempo presente com referência tanto ao passado quanto ao futuro. A atividade de interpretação, por exemplo, opera-se através de um encadeamento, em virtude do qual, um caso de hoje é resolvido com auxílio de um texto de ontem, tendo em mente os efeitos futuros. Ademais, institutos como a irretroatividade das leis penais e de solidariedade entre gerações são exemplos comuns de barreiras à entropia.

Não obstante a isso, Ost alerta para a tentação do determinismo, a qual se consagra à repetição do mesmo. No entanto, o que traria a urgência para contribuir a este tempo de repetição, já que esta, por definição, está destinada a mudança? A isso, o filósofo belga alerta ao referir-se ao determinismo na forma de mudança radicalizada:

(...) uma mudança valorizada por si mesma, que acarreta uma prodigiosa aceleração dos ritmos temporais e se traduz pela imposição da urgência

como temporalidade ordinária. Trata-se sem dúvida sustentar que o determinismo, que anula qualquer capacidade de iniciativa verdadeira e esteriliza a concepção de alternativas reais, assume a forma da mudança, ao passo que, precisamente, esta mudança é apresentada como libertação das tutelas do passado e coerções do futuro (OST, 2005, p. 32).

Nestes casos, há uma mescla dos fatores tempo e necessidade, gerando, conseqüentemente, perigo na demora. “Então, urgência conota simultaneamente uma ideia de inquietação face ao risco grave e iminente e uma ideia de transgressão a respeito das instituições e das maneiras de fazer habituais” (OST, 2005, p. 332).

No campo do direito público, é a partir das medidas urgentes que passam a ser reclamadas pelas administrações estatais para fazer jus às “necessidades” exigidas pela sociedade mediante o paulatino reconhecimento de novos direitos e o crescimento respectivos de obrigações para o Estado. Pode-se sustentar que a atuação estatal para satisfação das crescentes necessidades sociais juridicamente exigíveis apenas dar-se-ia de modo tempestivo mediante o apelo à urgência.

A partir de então, fica evidente o caráter instável, efêmero e aleatório da produção jurídica recente. O direito decorrente da urgência, num primeiro momento transitório, tornou-se habitual, “a urgência tornou-se permanente” (OST, 2005, p. 338). A urgência, necessidade dotada da temporalidade imediata, revela-se, portanto, como estado ordinário do direito:

a urgência, temporalidade do excepcional, tende a impor-se como tempo normal – a exceção que anula a regra, de algum modo. Provocando curto-circuitio nas formas, nos prazos, e nos processos, a urgência, autorizando-se o estado de necessidade (necessidade que cria alei), erige-se, assim, em “salvo-conduto generalizado” Disso resulta um risco de tipo novo, a insegurança jurídica: não insegurança econômico-social (perigo externo), mas risco “endógeno”, produto colateral e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo disparou (OST, 2005, p. 338 – 339).

Tomada como modalidade regular da atividade jurídica, a produção normativa de urgência parece levar a sociedade para um caminho distinto daquele da “justa medida temporal” (OST, 2005, p. 38) da qual faz referência François Ost. Levada ao extremo, a urgência determina um tempo exageradamente móvel, que não permite nem lugar para a continuidade, condenando nossos institutos sociais, jurídicos inclusive, a um futuro completamente indeterminado, cuja radical imprevisibilidade priva de qualquer referência (OST, 2005, p. 38).

Ost considera uma divisão quaternária da instituição jurídica do tempo social. Ligar e desligar o passado; ligar e desligar o futuro. Respectivamente, pode-se denominar cada um dos tempos, memória, perdão, promessa e retomada da

discussão. O tempo da urgência, no sentido que estamos a empregar, é o do desligamento do futuro, ou da retomada da discussão, conforme nos ensina o jurista belga.

Engessar o futuro de tal modo que fiquem comprometidas as instituições sociais, como uma leitura equivocada da promessa poderia sugerir. Ademais, comprometer a lei, em virtude de uma programação determinista que perdeu seu referencial com a *práxis* social. Eis os riscos que se estaria submetendo aquele que, através de uma leitura demasiadamente superficial deste trabalho simplesmente condenasse a possibilidade de rediscussão e, principalmente, da adoção de medidas de urgência.

Buscando não olvidar o que foi exposto acima, o tempo atual delimita-se, contudo, em conformidade com a sua face deformada que é a tendência à improvisação inconsequente.

Contra a tirania da urgência e a cultura da impaciência, seria preciso lembrar, então, que a democracia, sobretudo associativa, toma seu tempo – o da informação, da negociação, da deliberação virtualmente infinita. Contra as coerções administrativas de um executivo voltado aos “expedientes”, contra as tentações da “justiça do espetáculo” e da democracia plebiscitária, seria preciso lembrar as virtudes do que Dominique Rousseau denomina a “democracia contínua”: as virtudes do controle e do debate cidadãos que não se reduzir unicamente aos períodos eleitorais, as virtudes do processo, lento porque dialogante, as virtudes dos controles de legalidade e constitucionalidade, que revelam que a eficácia não é o único princípio pertinente da ação pública. Ser “inatural” atualmente, no sentido que Nietzsche o entendia – isto é, intempestivo e criador, em resumo, livre -, é reivindicar o direito à lentidão de onde unicamente poderia emergir uma forma inédita de *práxis* social (OST, 2005, p. 34)

Outrossim, no campo da teoria do direito, não consistiria nenhuma novidade constatar o caráter efêmero, circunstancial e aleatório da produção jurídica contemporânea. Distintamente, uma via de estudo mais promissora e original é a própria substituição do paradigma dos programas normativos da modernidade concebidos em um sentido de perenidade para outro baseado na urgência como tempo normal.

A possibilidade de domar o futuro era uma das condições do pensamento hegemônico no século XX tanto para o campo da política quanto na seara da ciência. Nesse sentido, a modernidade baseava-se na possibilidade de um firme compromisso para o futuro assentado na radical novidade do futuro, na certeza de que este futuro seria melhor que o passado e que o porvir seria fruto da vontade humana.

A cristalização deste tempo futuro em determinismo, no entanto,

sempre foi uma ameaça que pairou sob a modernidade. Nietzsche, por exemplo, teceu duras críticas a esta modalidade temporal paralisante. Esta visão tradicionalista, de que o futuro já havia sido determinado deveria ser desligada, mesmo a custa da profanação de alguns ídolos pra liberar a energia inaugural dos tempos fortes que dormitam.

Diferentemente do que se poderia supor, não se desistiu do determinismo, nem se abandonaram as promessas da era moderna. O determinismo, entretanto, transfigurou-se na forma da mudança radicalizada: como mudança valorizada por si mesma, promotora de uma prodigiosa aceleração dos ritmos temporais e traduzida pela imposição da urgência como temporalidade ordinária. Constata-se aí um paradoxo evidente, como se poderia deduzir de um determinismo histórico, a possibilidade de um estado de mudança que intrinsecamente condena as amarras a um passado condicionante.

O paradoxo é contornado, entretanto, se “percebermos o fato de que nada parece operar esta mudança, nada condiciona a realização de objetivos sociais desejáveis” (OST, 2005, p. 32). Mudar, portanto, é assumido como um objetivo em si, uma forma de coerção da qual ninguém poderia se opor sem correr o risco de ser deixado por conta própria:

Como se os mecanismos cegos da autorregulação do mercado, na falta de programa político de transformação social fossem os únicos a representar projetos de futuro. (...) A desvalorização dos antigos modelos sociais, dogmáticos sem dúvida, liberou um campo imenso de possibilidades; mas, carente de ideologia mobilizadora de mudança, ela engendrou ao mesmo tempo sentimentos de vazio e de incerteza que não reduzem as representações de futuro, cada vez mais heterogêneas e que percorrem o corpo social... (OST, 2005, p.33)

Entretanto, a hipótese que se põe é aquela levantada também por Zaki Laïdi de que a urgência não designa uma categoria extraordinária, na realidade trata-se de “uma modalidade temporal de ação geral” (LAÏDI, Zaki. *L'urgence ou la dévalorisation de l'avenir. Esprit, .p 12, fev. 1998 apud OST. 2005, p.332*).

Tornada modalidade genérica, nada impede analisar os acontecimentos sociais a partir da temporalidade de urgência, assim como o fez Ost,

O crescimento em poder do indecível, implicando revisão permanente das escolhas (incerteza epistemológica e indeterminação democrática), a desestabilização do Estado social e do crescimento relativo da sociedade do risco, a generalização do tempo real ultracurto e do tempo efêmero da moda, todos estes temas por nós percorridos deveriam ter preparado esta ideia: uma vez que se desacreditou a ideia de progressos e que se torna “extremamente difícil pensar o futuro no modo da promessa”. É o presente que concentra toda a carga de expectativa normalmente voltada para o

futuro, e é nesta injunção imediata do distante – logo, na urgência – que a ação é chamada a se produzir. Pode-se ver nisto, ou uma reação aparentemente “natural” a um contexto em aceleração constante, ou um modo de legitimação novo, auto-justificador, que compensa, pela dramatização da conjuntura, a ausência de perspectivação e o déficit do projeto. (OST, 2005, p.33)

O propósito desta explanação é evidenciar a possibilidade da troca do paradigma da temporalidade social. Neste sentido, rejeitar a mudança demonstra-se menos promissor que formular e trabalhar a hipótese da urgência ordinária e, como consequência, um direito em trânsito.

Do tempo “meteorológico” aleatório, o melhor como o pior poder surgir: ou “tempestades” e “intempéries”, ou horas bem “temperadas”. O pior, quando a álea da regulação significa desinstituição e perda das referências: regulação rima, então, com desfiliação e exclusão, nas sociedades de “risco”, onde a figura da vítima encobre a do cidadão. O melhor, quando a incerteza do contexto abre espaços novos para a liberdade, e o cidadão, que se torna outra vez ator, participa ativamente da elaboração da lei comum. Neste caso “o questionamento”, que desata o futuro não terá feito esquecer a “promessa”, que o liga; simplesmente abre-lhe caminhos novos (OST, 2005, p. 338.).

Na distinção já mencionada de Ost, o tempo do questionamento é aquele que desata o futuro e exprime a radicalidade do gesto emancipatório da crítica. Este tempo abre a possibilidade de romper com a mera condução do passado condicionada a uma promessa, inscrição do futuro no passado, permitindo assim o surgimento de um futuro realmente indeterminado.

Modificar o rumo do direito, alterar seu ritmo, ou mesmo ir de encontro a um entendimento legal solidificado não significa necessariamente operar um tempo que tolhe o potencial instituinte do direito. Do mesmo modo, permitir à urgência reclamar a normatividade não implica em dissolver os laços sociais.

Embora não seja novidade a utilização de uma legislação excepcional para determinadas circunstâncias de grande relevância para o detentor do poder de soberania, a utilização deste instrumento de modo mais ostensivo é uma marca do direito brasileiro e, como nos dão notícia Agamben e Ost, do direito europeu contemporâneo.

O aumento substancial verificado no uso da urgência parece estar ligado, em grande medida, ao reconhecimento de novos direitos à sociedade por parte do Estado durante todo o século XX e ao aprofundamento dos sistemas democráticos, que naturalmente tornam mais lentos os processos deliberativos. Os novos direitos implicam diretamente em novas obrigações estatais, as quais passaram a recair sobre matérias cuja direção nem sempre comporta o ritmo das deliberações imprescindíveis

aos Estados democráticos¹¹.

O natural desconhecimento do tempo futuro forja a necessidade de dar a ele um tratamento próprio. Tendo por base essa desconfiança, a sociedade moderna parece ter erguido as estruturas fundamentais de sua sociabilidade sobre a figura de um futuro domado¹².

O Estado moderno tem, portanto, sua gênese ligada à ideia de proteção. No século 19, esta proteção assumirá uma forma mínima, baseada no direito penal, restando à esfera privada a manutenção das mínimas condições materiais de existência.

O relatório de Beveridge, texto base para a formação dos sistemas de seguridade social da maioria dos países ocidentais tinha como fio condutor a libertação do homem da necessidade e, portanto, de um futuro completamente incerto. Neste sentido, o Estado-providência constitui o maior exemplo do efeito da solidariedade voluntarista sobrevalorizada, o qual permitiu a confiança no futuro ligado pela lei e garantido pelo contrato de segurança mútua:

O Estado refletia-se, assim, na forma de um Estado de prestações, gigantesca máquina de redistribuir as rendas em vista de uma progressiva equalização das condições; quanto à sociedade civil, ela assumia a forma de uma “sociedade” secundária, exprimindo o laço social e encontrando sua harmonia na mutualização generalizada dos riscos em vista de uma autêntica “seguridade social”. (OST, 2005, .p.303)

No entanto, como seria possível mensurar o tempo? Não se poderia conceber a medição do tempo como uma simples contagem das voltas que os ponteiros percorrem em um relógio analógico. Efetivamente, o tempo não pode ser medido sob um viés unicamente objetivo – as voltas dos ponteiros do relógio. Se não está na objetividade o critério de medição temporal, intui-se que uma ponderação subjetiva repercutiria em melhor retrato da medida do tempo. No entanto, seria impossível encontrar guarida segura para um critério meramente subjetivo – que divide a sensação do tempo vivenciada por cada indivíduo.

11 Embora se trate de uma questão extremamente relevante para uma avaliação dos instrumentos normativos de urgência, a conciliação entre normatividade de urgência e democracia, que em última instância remete-se à problemática da própria representatividade, tais questões extrapolam o objeto do presente estudo, motivo pelo qual serão abordadas apenas incidentalmente.

12 Lembremo-nos de que Hobbes fazia dele a instância principal da vida social e a explicação da passagem do estado de natureza, sinônimo de guerra generalizada, ao estado civil, em que se ganhava um segurança relativa, à sombra do Leviatã todo poderoso. Com Locke, Kant, Rousseau, o modelo assumirá uma conotação mais positiva, o medo da insegurança desdobrando-se na confiança (*truste*) dos parceiros do contrato social e as autoridades por ele consagradas: sob as duas formas contratadas de desconfiança ou da confiança, o risco está no princípio da sociedade moderna. OST, 2005, p. 317).

A respeito do critério objetivo que pode ser qualificado como linear, mensurável, contínuo e qualificável, François Ost considera que:

(...) o tempo físico tem a seu favor sua evidência irrecusável: a do movimento dos astros no céu e a dos ritmos biológicos em nossos corpos, sugerindo de forma irresistível a imagem de um tempo exterior e homogêneo, espécie de vasto continente formal, enquadrando qualquer espécie de acontecimento – como um dado englobante no interior do qual seríamos mergulhados e do qual nos caberia somente recortar o desenvolvimento em períodos fixos (OST, 2005, p. 22).

O tempo subjetivo determinado por parâmetros pessoais não é mensurável – ou, ao menos, não se ousa fazê-lo sem temer maiores repercussões –, no entanto não deixa de ser um dos elementos de extrema relevância para a medição e, mesmo, definição do tempo. Considerando essas questões, Ost retoma a obra do famoso escritor argente Jorge Luis Borges para tecer seus comentários:

Sem dúvida, poderíamos igualmente apreender o tempo sob o ângulo da percepção mais imediata, mais subjetiva. (...) em sua nova refutação do Tempo, J. L. Borges vai ainda mais longe, submetendo o tempo ao sujeito: ‘O tempo é a substância da qual sou feito. O tempo é um riacho que me arrasta com ele, mas o riacho sou eu; é o tigre que me destrói, mas o tigre sou eu, é um fogo que me consome, mas o fogo sou eu (OST, 2005, p. 22).

O tempo, portanto, não se sujeita nem a uma mensuração quantitativa de um tempo físico dado e homogêneo, nem à experiência subjetiva da vivência individual. O tempo ao qual se refere François Ost e que carrega uma relevância para a análise do direito, mais especificamente da produção normativa, é um tempo eminentemente cultural, fruto de sistemas sociais de medida do tempo articulado, que se refletem nos calendários marcados por um lado de eventos referente ao cosmo, como por exemplo, os movimentos da Terra em relação ao Sol, e por outro lado relacionados à eventos históricos considerados acontecimentos fundadores, como o nascimento de Cristo para a civilização cristã e o início da hégira na civilização muçulmana. Ost deixa explícita a noção de um tempo cultural nas seguintes palavras:

Para nós, esta medida que simultaneamente serve-se da materialidade do tempo dado e da experiência do tempo vivenciado, mas reelabora seus elementos – melhor ainda: dá-lhes as palavras e os instrumentos para se dizer –, é o tempo ‘sócio-histórico’, terceiro tempo radicalmente cultural, produto das relações coletivas da história. Um tal tempo sócio-histórico não é uma coisa externa, substantivo do qual restaria declinar os predicados: é antes uma operação sempre em curso de elaboração – daí a utilização do verbo ‘temporalizar’ para dar conta dele. (OST, 2005, p. 23)

Sujeita às regras próprias à seara da cultura, a construção social do tempo é tanto questão de progresso das técnicas de convivência social quanto um desafio de poder. Se por um lado a escrita permitiu inaugurar uma temporalidade

durável tanto como memória quanto projeto, bem como, a linguagem midiática e a difusão da comunicação informativa numerizada favorecem, “um ‘tempo real’ operando diretamente e em curto-circuito o trabalho do tempo” (OST, 2005, p. 25); por outro lado, o detentor do poder tem como impor o tempo, ditando a sua medida conforme melhor conveniência. Segundo Ost, é o que ocorre atualmente na relação entre mercado e Estado no atual estágio de evolução técnica das comunicações e transportes.

A medida do tempo socialmente adequada, que François Ost persegue em sua definição, jamais poderá se impor por si mesma. A adequação da medida surge na sua própria subsistência frente às formas de destemporalização, que são arroladas em: eternidade, entropia, determinismo e a discronia. Estas formas de destemporalização estão intimamente ligadas a um direito considerado como injusto por François Ost. Dentre elas, e em virtude de terem relação direta com a produção normativa de urgência, dar-se-á ênfase às formas da entropia e do determinismo.

A segunda lei da termodinâmica demonstra que a natureza inteira é levada em um fluxo incessante conducente à entropia crescente que desemboca num final inevitável. Seus reflexos na temporalidade no plano cultural traduz-se em uma “pane da historicidade” que pode ser lida como uma dificuldade paulatina de nossas sociedades se inscreverem em uma duração significativa (OST, p. 27, 2005). Nessa modalidade de destemporalização, o tempo social é saturado pelo presente, impossibilitado de memória e projeto. Para Ost, as sociedades contemporâneas podem ser caracterizadas por sistemas culturais onde é crescente a incapacidade de se pensar o passado e o futuro:

Mergulhadas nesta brecha do presente, nossas sociedades parecem órfãs da história, privadas de duração dedicadas unicamente ao frenesi do instante, condenadas a viver no ritmo sôfrego da atualidade. (...) Privadas de um elo vivo com o presente, as tradições se ressecam e alimentam apenas na melhor das hipóteses um discurso erudito e na pior, uma nostalgia reacionária, amputadas das aspirações do próprio presente, as projeções de futuro procedem apenas da ficção científica ou de utopias incapazes de concretização (OST, 2005, p. 28).

Não obstante isso, a cultura é a única capaz de criar laços e dar sentido à sucessão irreversível e incalculável do tempo. Pode o homem refletir sobre o passado – reinterpretá-lo de modo a assumir equívocos, responsabilizar-se ou conceder o perdão – e a disponibilidade de orientar o futuro – comprometer-se, planejar. É na possibilidade de reflexão que reside a capacidade de anulação dos

efeitos entrópicos do contínuo fluxo temporal. A neguentropia temporal é a faculdade que a cultura dá ao homem de dar sentido ao passado, ainda que este seja irreversível, e ao futuro, não obstante seja aleatório à vontade dos homens. Amputar as raízes históricas de um povo é também impedir-lhe um futuro.

Os signos de um tempo entrópico são, no entanto, bastante evidentes. A impossibilidade de construção social do tempo amputa o passado e futuro do laço cultural, gerando o que Ost descreve como:

um passado repentinamente tornado estranho, um futuro opaco e improvável – e entre os dois: um presente reduzido às pancadas do instantâneo, aos sobressaltos da urgência, à insignificância do dia-a-dia. (OST, 2005, p.29)

O determinismo, a terceira forma de destemporalização descrita por François Ost, é credor de uma visão de tempo disforme e inerte, consagrada à repetição. Originariamente, o determinismo é uma figura relacionada às tradições e ao continuísmo reacionário que paralisam o tempo social. Este tempo uniforme e regular é completamente incompatível com uma sociedade que se pretenda democrática, a qual se retroalimenta da indeterminação de suas certezas e de suas deliberações incessantes a respeito, inclusive, de seus próprios fundamentos.

A solução do paradoxo, no entanto, reside no fato de a mudança atual operar como um objetivo em si mesmo, da qual ninguém pode se opor sem que houvesse descompasso temporal. “Como se os mecanismos cegos da auto-regulação do mercado, na falta de programa político de transformação social, fossem os únicos a representar projetos de futuro” (OST, 2005, p. 33).

Ao tratar das formas de destemporalização não se pretende simplesmente ligar a produção normativa de urgência a um conceito de injustiça. Tampouco é a intenção de François Ost, o qual explicita a função potencialmente “temporalizadora” desta modalidade de produção normativa nos seguintes termos:

Sem dúvida, o mundo é mais complexo que no século 19, e não mais conceberíamos que o legislador se embalsasse com o sonho da perenidade das leis. Adaptar o texto às circunstâncias cambiantes, submetê-lo regularmente à avaliação, enriquecê-lo com precisões jurisprudências e doutrinárias, todas estas formas do ‘questionamento’ são perfeitamente legítimas (OST, 2005, p. 67).

Para Ost, portanto, a manutenção da função criadora dos laços sociais exercida pelo tempo somado ao esforço próprio da cultura, estado que também pode ser lida como sendo justo na obra do filósofo belga, reside justamente na inibição de que alguma das formas temporais se torne absoluta. A justiça temporal

pode ser alcançada através de um tempo que evite tanto a petrificação, quanto a mudança excessiva. O primeiro não abre possibilidade de mudança e o segundo impede a continuidade.

Considerando a “justa medida temporal” (OST, 2005, p, 38) é que se pode superar as tradicionais discussões sobre a produção normativa de urgência e inserir o tempo em um questionamento mais amplo da própria função do direito.

“Assim a urgência assinala o estado das coisas que se devam fazer imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que se evitem males, ou perdas, consequentes de maiores delongas ou protelações.” (OST, 2005, p. 39)

Remetendo à medicina, para melhor explicação do termo, François Ost frisa que “atendimento de urgência” é aquele que impõe uma intervenção imediata. Sua gênese, portanto, está ligada às situações excepcionais que, ante sua elevada gravidade, autoriza-se a atuação imediata e, se preciso, à margem ou mesmo em violação dos processos ordinários¹³.

Ainda utilizando-se das definições de De Plácido e Silva, pode-se justificar a urgência na seara do direito quando presentes os elementos da necessidade e receio de dano na demora:

Juridicamente, a justificativa da urgência provém, invariavelmente, não somente da necessidade da feitura das coisas, como do receio, ou do temor, de que qualquer demora, ou tardança, possa trazer prejuízos.” (OST, 2005, p. 40)

Os efeitos jurídicos da urgência não se encontram explicitados em nenhum texto legal, mas podem ser exemplificado em um rol não exaustivo em: estabelecimento de preferências para execução dos atos; alteração dos prazos; suspensão de formalidades; inversão do tempo processual e a inovação no ordenamento jurídico.

Embora sejam relevantes as distinções terminológicas tratadas acima, necessidade e urgência quando não expressamente distinguidas serão tratadas como sinônimas para explicar a modalidade de produção normativa que por ora se estuda.

1.3 Produção normativa de urgência

É característico da urgência fazer prevalecer o fato sobre o direito, ela garante o “retorno do real” sobre o formalismo (real ou pretense) dos textos, ela

13 OST, 2005, p. 332.

marca o “triunfo do fato”, e instala-se, assim, “no centro das relações mantidas pelo direito com a realidade social”, como nos informa o texto do de François Ost¹⁴.

Para além da filosofia do direito produzida na Europa continental, a ideia de que o estado de necessidade autoriza uma medida irresistível que advém dos fatos é também bastante difundida na bibliografia jurídica nacional sobre o estado de necessidade. Embora textos que tratem primordialmente da utilização da necessidade no mundo jurídico sejam escassos no Brasil, a definição de De Plácido é bastante representativa da maneira pela qual a necessidade é tratada pelos juristas nacionais:

Há, assim, uma necessidade de ordem geral, decorrente de *fatos* que vêm tornar imperiosa a execução de medida, que naquela se justificam.

A necessidade pública formula um *estado de necessidade*, em virtude do que se investem o governo ou autoridades constituídas em poderes excepcionais, capazes, mesmo, de restringir direitos individuais e de investir contra interesses privados (SILVA, De Plácido e, 1998, p. 552).

A possibilidade de emanção normativa da necessidade enquanto circunstância eminentemente fatídica implica em conceber a natureza essencialmente objetiva da necessidade. Entretanto, a construção da natureza da necessidade sobre bases de pretensa objetividade esbarra em aporias e dilemas tanto de cunho prático como teórico.

Os exemplos mais comuns das circunstâncias, especialmente relativas ao direito público, que autorizam as medidas de urgência são os tradicionais argumentos de razão de Estado: a proteção da ordem pública, a continuidade dos serviços públicos e a legítima defesa do país. A estes se somam outros de maior amplitude como urgência e relevância, escapando da seara eminentemente estatal para englobar a vida social como um todo.

Os atos deveriam ser aceitos pelo direito apenas com as mais extremadas reservas, como “um mal necessário com o qual era preciso conformar-se nas situações excepcionais” (OST, 2005, p. 339). Entretanto, a banalização das medidas de necessidade, das tutelas de urgência e dos atos excepcionais, traz à tona que a desconfiança de que os “programas de urgência” tenham como fundamento uma circunstância de base meramente objetiva.

Considerando a situação nacional em números, temos que em termos de produção legislativa, a utilização da Medida Provisória é um instrumento utilizado amplamente pelos sucessivos governos desde a Constituição de 1988. De 1988 até 2007, foram editadas 1002 medidas provisórias; no mesmo período, foram

14 OST. 2005. p. 341.

aprovadas 3994 Leis Ordinárias e 24 Leis Complementares. Logo, da produção legal em sentido estrito, pouco menos de 20% tem sua origem em medidas provisórias. Se considerarmos o instrumento da reedição, válido até 2001, o número de medidas provisórias salta para 6515 no mesmo período, atingindo o percentual de 61,85% da produção legal brasileira¹⁵.

Embora o número de medidas provisórias no período tenha sido demasiadamente elevado em proporção à legislação ordinária e complementar, no contexto social e político não houve tantas situações que facilmente podem ser enquadradas como situações que ensejam a adoção de medidas de necessidade. Neste ponto, o discurso da objetividade da circunstância autorizadora da medida de urgência não acolhe o que se apresenta de fato.

Por isso, é crescente a desconfiança de que a urgência, longe de ser uma noção objetiva, é subjetiva e política. Neste ponto, a terminologia do Tribunal de Cassação belga é bastante precisa: urgência é “uma noção de fato deixada para apreciação do mérito” (OST. 2005. p.341). Neste mesmo sentido, ao decidir pela excepcionalidade do controle judicial das medidas provisórias, o STF também admite a subjetividade que os conceitos de urgência e relevância propiciam:

Os pressupostos de urgência e relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao Controle do Poder Judiciário, porque compõe a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Executivo, da competência primária que lhe foi outorgada, excepcionalmente pela Constituição da República. (ADI 2.213-MC, Rel Min Celso de Mello, julgamento em 04/04/2002. Plenário, DJ de 23/04/2004).

Portanto, mesmo se analisada de uma perspectiva eminentemente pragmática e operacional, como se pretende aquela adotada nos tribunais, a necessidade não se coaduna com uma circunstância de natureza meramente objetiva. Ao contrário desta concepção, o que se revela é que a necessidade enquanto fundamento para a normatividade tem natureza, sobretudo subjetiva.

No plano teórico, a refutação da natureza objetiva da necessidade e sua realocação em termos subjetivos data da década de 70. Neste sentido, Agamben retoma a posição de juristas europeus que durante o final do século XX levantaram suspeitas teóricas que ensejariam duras críticas à objetividade no que se refere às

15 Dados em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1605/excesso_edicao_tavares.pdf?sequence=1

circunstâncias de estado de necessidade.

O professor italiano retoma, especificamente, o pensamento do jurista Balladore-Pallieri. Ele defende que a necessidade utilizada juridicamente é um instituto revolucionário, constituindo tal recurso em uma avaliação extrajurídica, seja ela moral ou política, o que seria totalmente incompatível com a objetividade do estado de necessidade, implicando em um conceito explicitamente subjetivo.

O conceito de necessidade é totalmente subjetivo, relativo ao objetivo que se quer atingir. Será possível dizer que necessidade impõe a promulgação de uma dada norma, porque, de outro modo, a ordem jurídica existente corre o risco de se desmoronar; mas é preciso, então, estar de acordo quanto ao fato de que a ordem existente deve ser conservada. Um movimento revolucionário poderá declarar a necessidade de uma nova norma, abolindo os institutos vigentes contrário às novas exigências; mas é preciso estar de acordo quanto ao fato de que a ordem existente deve ser derrubada, em conformidade com essas novas exigências (BALLADORE-PALLIERI, 1970, p. 168 *apud* AGAMBEN, 2004, 47).

Na mesma linha de raciocínio, Agamben faz uma crítica ainda mais severa à concepção objetiva que advoga pela factualidade da necessidade à qual ele reputa uma concepção ingênua que pressupõe um elemento que ela mesma criticou.

Essa ingênua concepção, que pressupõe uma pura factualidade que ela mesma criticou, expõe-se imediatamente às críticas dos juristas que mostram como a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais (AGAMBEN, 2004, 46).

Diante disso, tanto num plano teórico quanto num plano prático, a conceituação da necessidade com pretensões objetivas mostra-se uma atividade equívoca que implica em considerar as medidas de urgência como decorrentes fundamentalmente dos fatos que se apresentam, desconsiderando, por exemplo, que a quantidade de atos desta natureza praticados no Brasil é tamanha que, nestes termos, seu volume apenas se justificaria em um período de proporcional número de convulsões sociais que impeçam o andamento regular do sistema jurídico-político.

Esta desconexão entre a objetividade da necessidade com a banalização de seu uso é um grave indício de que Balladore-Pallieri está coberto de razão ao admitir a subjetividade da definição de estado de necessidade. Diante disso, insistir na objetividade poderia até tornar o instrumento das medidas de urgência mais palatáveis e justificáveis perante a sociedade e aos próprios juristas, no entanto, restaria, ao menos, sacrificado seu potencial explicativo a respeito da conjuntura atual.

Igualmente, a medida a ser adotada perante o estado de necessidade, segundo uma concepção que privilegia a análise objetiva da necessidade, não pode

encontrar espaço para a normatização ou legalidade, uma vez que o fato, inevitavelmente, lograria a imposição de medidas juridicamente válidas, alheias à capacidade decisória ou volitiva do agente normativo. Desta maneira, a necessidade instaura o ordenamento jurídico, ainda que, da mesma forma como a revolução, a partir de uma situação eminentemente ilegal.

Portanto, segundo esta concepção, a medida da necessidade ganha sua juridicidade não da própria lei, como acontece para os demais atos proferidos em circunstâncias ordinárias. Pelo contrário, sua inclusão no direito decorre da própria relação de fato que, indiferente à legalidade da medida, força sua inclusão no ordenamento jurídico.

Tomando de empréstimo os questionamentos de Agamben, algumas perguntas de difícil resolução a respeito da faticidade da necessidade relativamente ao direito são formuladas pelo filósofo italiano nos seguintes termos:

“Se a medida da necessidade já é norma jurídica e não simples fato, por que deve ela ser ratificada e aprovada por meio de uma lei, como Santi Romano (e a maioria de autores com ele) considera indispensável? Se já era direito, por que se torna caduca se não for aprovada pelos órgãos legislativos? E se, ao contrário, não era direito mas simples fato, como é possível que os efeitos jurídicos da ratificação decorram não do momento da transformação em lei e, sim, *ex nunc*?” (AGAMBEN, 2004, p. 46).

Embora Agamben não tivesse em mente o sistema normativo brasileiro ao elaborar essas perguntas, pela semelhança entre o seu objeto com os procedimentos previstos por nosso ordenamento, as aporias destacadas por Agamben têm aplicação direta sobre a realidade brasileira.

De um ponto de vista eminentemente formal, entretanto, o Brasil, de maneira semelhante à maioria dos países ocidentais, prevê as hipóteses e as condições que autorizam a edição de medidas excepcionais. Numa primeira leitura, a estipulação legal deste instrumental normativo nos sistemas legais contemporâneos implica na judicialização do próprio conteúdo da necessidade. Entretanto, ao que interessa por ora, a operacionalização das medidas revela que tanto no plano teórico, quanto no plano prático, a inclusão das previsões referidas no sistema legal não pôs fim ao problema da natureza da necessidade.

2. PRODUÇÃO NORMATIVA DE URGÊNCIA

Superada a problemática da evolução do uso jurídico de necessidade e sua evolução ao conceito de urgência, cabe analisar a maneira pela qual estes conceitos produzirão efeitos em termos de produção jurídica. Uma vez que, como visto, não se pode aceitar a produção normativa de urgência como uma mera questão imposta pelos fatos, como tradicionalmente é defendido, algumas discussões podem ser levadas adiante.

Para tanto, optou-se por trabalhar com a forma mais rotineiramente empregada dessa modalidade de produção normativa, que são as medidas provisórias. A partir dela, buscar-se-á extrair algumas características gerais desta forma de produção normativa, bem como, suas principais consequências dogmáticas.

Ao final, procurar-se-á adensar os temas de distinção entre fatos e normas, tomados a partir da obra de Hans Kelsen. O estudo desta distinção será utilizado, em um momento, posterior para analisar as impropriedades do discurso que defende a possibilidade de produção normativa da urgência que toma a objetividade como critério de necessidade, desde um ponto de vista jurídico-político.

2.1 Medidas provisórias no Brasil

O exemplo mais evidente da produção normativa de urgência, no sistema jurídico brasileiro, é a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo chefe do Poder Executivo. Por esse motivo, a fim de uma aproximação preliminar ao tema da produção normativa de urgência em si, a Medida Provisória considerada a partir dos aspectos legais, da ciência jurídica e da jurisprudência pátria, será o ponto de partida deste capítulo.

O antigo decreto-lei, previsto na Constituição de 1937 (art. 12, 13, e 74, b) “consistia na atividade normativa eventual atribuída ao Poder Executivo” (ÁVILA, 1997, p. 27). O instituto não obteve guarida na Constituição de 1946, reaparecendo na Constituição de 1967 (art. 58).

Com o precedente do decreto-lei, o modelo das atuais medidas provisórias foi extraído do art. 77 da Constituição da República Italiana de 1947:

Artigo 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, elaborar

decretos com valor de lei ordinária.

Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo, por sua responsabilidade, tomar providências com força de lei, deverá, no mesmo dia, submetê-las, para efeito de conversão às Câmaras, as quais serão imediatamente convocadas, mesmo se dissolvidas, e reunir-se-ão dentro de cinco dias.

A eficácia dos decretos cessa retroactivamente caso não sejam convertidos em lei nos sessenta dias posteriores à sua publicação. As Câmaras, todavia, podem regular por lei as relações decorrentes dos decretos não convertidos. (MIRANDA, 1987 *apud* ÁVILA, 1997, p. 33)

Os decretos-lei, em casos extraordinários de necessidade e urgência, são providências transitórias com força de lei editadas pelo Governo, os quais devem ser apresentados imediatamente à Câmara para sua conversão em lei. A amplitude conferida ao Executivo na edição de normas pela Constituição deve-se principalmente pelo sistema parlamentar italiano que garante ao Poder Executivo representatividade direta e responsabilidade política, gerando uma espécie de presunção de debate público anterior à eficácia do ato, bem como, ordinariedade da forma de produção normativa. (ÁVILA, 1997, p. 37).

O mesmo, entretanto, não pode ser dito em relação ao nosso sistema político, o qual não configura representatividade política do Poder Executivo nem responsabilidade política pela falta de conversão em Lei pelo Congresso Nacional. Por esses motivos, afirma Ávila o emprego da experiência italiana em um contexto como o brasileiro poderia conduzir a um uso abuso desta modalidade normativa. (ÁVILA, 1997, p. 37)

Utilizando o conceito de Humberto Bergmann Ávila, medida provisória é:

Medida provisória é ato normativo elaborado por poder de condução política com competência materialmente condicionada para a prática de ato com eficácia transitória e não revogatória condicionada à aprovação do Congresso Nacional. (ÁVILA, 1997, p. 38)

Por outro lado, a definição da natureza jurídica das MPs é um tema que ainda gera confusões de cunho teórico e prático. Buscando uma definição, o Min. do STF Celso de Mello, em voto proferido na ADI-MC 162, sugere que a justificção da edição de MP é a existência de um estado de necessidade que impõe ao Poder Público a adoção de providências imediatas, bem como, a existência do *periculum in mora* que ocorreria caso a edição da norma obedecesse aos ritos legislativos ordinários.

Convém destacar que em seu voto nos autos da mesma ação, o Min. define a produção normativa desta natureza como um direito potestativo do Chefe do

Executivo da União. O poder potestativo é aquele que pode ser exercido contra terceiro independente de sua vontade (DE PLACIDO e SILVA, 1998, p. 1064). Uma característica marcante dessa espécie de direito subjetivo é a não criação de um dever para quem o exerce. Nesse sentido, ao Estado é incumbido um direito subjetivo de criação normativa, a despeito dos procedimentos legais ordinários, em determinadas circunstâncias.

Ainda no tocante a esta definição jurídica defendida por Mello, seria possível questionar a possibilidade de criação de norma geral por via do exercício do poder potestativo. A este respeito, retomando a obra de Kelsen, Norberto Bobbio explica que a resposta é afirmativa ao ligar o exercício de direitos subjetivos à produção normativa – ainda que individual – o que leva, por sua vez à própria problemática das fontes do direito:

É preciso chegar à segunda edição da *Reine Rechlehre* para encontrar denominado poder jurídico (*Rechtsmacht*), o direito subjetivo em sentido técnico e finalmente uma verdadeira teoria do poder jurídico definido como ‘capacidade de criar e aplicar normas jurídicas’. Esta definição permite ligar imediatamente a teoria do direito subjetivo em sentido técnico com o conceito de produção jurídica e a teoria relativa. (...) Dado que o termo ‘poder jurídico’ é o termo que indica em geral a capacidade atribuída a um sujeito de produzir normas jurídicas, não importa se gerais ou individuais, a definição do direito subjetivo em sentido técnico como poder jurídico faz da teoria do direito subjetivo, em sentido técnico, uma seção da teoria geral da produção normativa, tradicionalmente das fontes do Direito. (BOBBIO, 2008, p. 148)

No entanto, o próprio Min. Celso de Mello, posteriormente, define a natureza jurídica da medida provisória como “ação cautelar legislativa”. Nesse sentido, a MP seria um ato precário que apenas adquire “estabilidade normativa a partir do momento em que – observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável, aquiescente, do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional” (ADI-MC 293, pp. 22-23). Ao retomar a problemática utilizando-se desta última definição da natureza jurídica da MP, o Min. acrescenta-lhe a categoria de “ato quase-legislativo” (ADI 365, p. 21).

Muito embora tenha sido o Min. Celso de Mello quem mais tenha precisado seu entendimento sobre as MPs, no final da década de noventa, o posicionamento do Min. Carlos Velloso irá repercutir de modo mais contundente na própria jurisprudência do tribunal. O Min. define a natureza jurídica da MP como delegação legislativa ao Poder Executivo (ADI-MC 1516, pp.63-64). Para Luciana Silva Reis o posicionamento do Min. Velloso foi bem recebido pelo Plenário do

tribunal, para o qual a edição da MP é uma forma regular de governo e não extraordinária como se pode depreender das definições desenvolvidas e defendidas pelo Min. Mello:

A diferença de posicionamento em relação àquele juízo expressado pelo min. Celso de Mello não poderia ser mais explícita. Enquanto este ministro busca deixar claro o caráter excepcional da medida provisória, na ADI-MC 1516 o Plenário (excetuando-se o min. Marco Aurélio) reconhece a regularidade do instrumento. Mas não só: reconhece também sua necessidade no atual modelo de Estado. (REIS, 2006, p. 19)

Portanto, embora os ministros do STF tendam a não definir de maneira precisa a natureza jurídica das MPs (*Cf.* REIS, 2006), há, no tribunal, maior respaldo à definição das medidas como mera delegação legislativa ao Executivo. O argumento do Min. pode ser robustecido por uma leitura simplesmente topográfica do texto constitucional, o qual arrola a edição de MPs, uma vez que o próprio art. 59, que trata do processo legislativo, em seu inc. V, prescreve que a elaboração de medidas provisórias está compreendida no processo legislativo.

Essa definição tem o mérito de inserir a edição de MPs como parte rotineira da elaboração normativa em nosso Estado. Afinal, conforme os números demonstrados na terceira seção do primeiro capítulo, uma leitura que privilegiasse o caráter extraordinário do uso das MPs não seria condizente com a realidade.

Problemática, contudo, é a definição da elaboração das medidas como delegação legislativa. Neste caso, a transmissão do poder fica condicionada à aprovação do delegante. Diversamente, a edição de MP independe de prévia autorização de qualquer outra autoridade – ainda que não prescindida da posterior aprovação pelo Congresso Nacional – tornando inadequado considerar a edição de MP uma mera delegação. Antes, tal atuação é fruto do exercício direto de um poder conferido ao Executivo pelo ordenamento.

No caso específico das medidas provisórias, é comum entre os juristas ao se debruçarem sobre o tema, elencarem como ponto negativo do instituto, sua utilização abusiva pelos Governos e como ponto positivo a celeridade e eficácia da produção normativa. Toma-se como exemplo a opinião do constitucionalista Alexandre de Moraes:

Apesar dos abusos efetuados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência. Pretendendo regularizar esta situação e buscando tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado, o legislador constituinte de 1988 previu as chamadas *medidas provisórias*, espelhando-se no modelo italiano. (MORAES, 2008, p. 670)

A despeito desse tipo de consideração, é visível a proeminência desta maneira de produzir normas.

A medida provisória aparece na atual Constituição no extenso art. 62:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Nesses termos, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Após a edição da norma a mesma permanecerá em vigor pelo prazo de 60 dias e será submetida imediatamente ao Poder Legislativo, para apreciação, nos termos dos 12 inc. acima colacionados.

Nos termos da Resolução nº 1/02 do Congresso Nacional, para cada medida provisória será composta uma comissão mista integrada por 12 Senadores e Deputados, resguardando se possível a proporcionalidade em cada Casa. A esta comissão incumbe emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria em itens separados, quanto aos aspectos constitucionais, de mérito e de adequação financeira e orçamentária. Note-se que de acordo com Alexandre de Moraes, ao apreciar o aspecto constitucional da medida provisória, a Comissão analisará os pressupostos de relevância e urgência.

Caso seja aprovada, a medida provisória segue para aprovação tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. Em cada oportunidade será avaliado o cumprimento ou não dos requisitos de relevância e urgência, mérito e adequação financeira.

A medida provisória não apreciada nos primeiros 45 dias do prazo de validade entrará em regime de urgência, permanecendo, porém, com força de lei. Durante o regime constitucional para medidas provisórias, todas as deliberações das Casas ficam sobrestadas até a conclusão da votação. O procedimento especial para tramitação das medidas provisórias poderá ser estendido por 75 dias, considerando a possibilidade de insuficiência dos 15 dias iniciais. Nesse caso a medida provisória é reeditada.

Situação interessante é a hipótese de rejeição da medida provisória pelo Congresso Nacional. A medida provisória perderá seus efeitos retroativamente, competindo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, no prazo de 60 dias. Oportuno salientar, que a não apreciação da medida provisória pelo Congresso no prazo de 60 dias – mais uma reedição, se for o caso – a norma, ao contrário do que ocorria com o decreto-lei, perderá sua eficácia.

Em ambos os casos, o Congresso Nacional deverá regulamentar os efeitos da medida provisória. Não o fazendo, a medida continuará aplicável às

relações jurídicas constituídas sob sua égide. Neste caso, verifica-se a existência residual de efeitos *ex nunc* para as medidas provisórias rejeitadas.

A respeito do controle judicial das medidas provisórias, Alexandre de Moraes considera que:

(...) é possível, tanto em relação à disciplina dada a matéria tratada pela mesma, quanto em relação aos próprios limites materiais e aos requisitos de relevância e urgência. (MORAES, 2008, p. 677)

O controle judicial das medidas provisórias quanto às exigências de relevância e urgência era até pouco inconcebível pelo STF. Na esteira do que já vinha acontecendo com os decretos-lei, o órgão do judiciário responsável pela salvaguarda da Constituição inadmitia a análise dos critérios até pouco tempo atrás por entender que tal verificação invadiria a discricionariedade do Poder Executivo.

Alexandre de Moraes ressalta, não obstante, os recentes posicionamentos que levaram ao Plenário do Supremo, em decisão unânime deferir o pedido de medida cautelar para suspender medida provisória, em face da inexistência de relevância e urgência:

Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa. (MORAES, 2008, p. 677)

Em recente trabalho sobre o tema, Carolina Fusco Ferraz de Oliveira, analisou quantitativa e qualitativamente cinquenta e seis decisões sobre a constitucionalidade das medidas provisórias em sede de controle concentrado.

Em sua análise quantitativa, verifica-se que das cinquenta e seis ações selecionadas, quarenta e quatro foram favoráveis à manutenção das medidas provisórias, enquanto doze foram consideradas inconstitucionais. As conclusões quantitativas demonstram que em trinta e cinco das cinquenta e seis ações ajuizadas, as razões predominantes para o desfecho da decisão foram questões formais.

Outra conclusão relevante é “que nenhuma das ADIs que foram julgadas procedentes, mesmo as com argumentação substantiva, o foram com base no artigo 62 da Constituição Federal” (OLIVEIRA, 2007, p. 7). Em outras palavras, em nenhum desses casos, o tribunal utilizou os critérios de relevância e urgência para rejeitar a medida.

Tais argumentos reforçam a tese de que a observância ou não dos

requisitos de urgência e relevância não foi razão preponderante para a rejeição das medidas, muito embora sejam os dois requisitos expressamente previstos no texto constitucional.

A análise qualitativa feita no mesmo trabalho recortou as ações com fundamentação substancial favorável à constitucionalidade das medidas provisórias, resultando em doze ações. A conclusão geral da análise é o caráter eminentemente político das fundamentações (OLIVEIRA, 2007, p. 99).

O problema que aqui se configura é que, apesar de sempre terem (sic) havido razões políticas nas decisões dos ministros, nos primeiros casos estas se mostravam mais obscuras na apresentação do voto. No mais das vezes, o ministro que apresenta primeiro razões políticas é geralmente o que dá sentido à decisão, convencendo os demais, porém, nas primeiras ações os ministros pareciam forçados a encontrar razões fundamentadas em artigos legais para justificar suas decisões no acórdão. Isso muitas vezes, e ainda mais nos casos de improcedência da inconstitucionalidade, deixa a idéia de que os ministros que acolhem a medida na verdade simplesmente se abstêm de efetivamente controlá-la, mantendo a decisão tomada pelo poder Executivo ao editá-la, e ainda atrelando algum artigo constitucional à sua existência. (OLIVEIRA, 2007, p. 100)

Além da presença marcante do viés político nessas decisões, a análise também evidencia a ausência de uma análise mais criteriosa por parte dos Ministros dos requisitos de urgência e relevância. Essa regra de simplesmente ratificar os requisitos de urgência e relevância por parte do poder judiciário, ainda que em declínio (OLIVEIRA, 2007, p. 102), acaba problematizando a possibilidade do controle da validade jurídica deste tipo de ato.

Considerando as noções gerais traçadas a respeito da MP, podemos induzir algumas características preliminares ao poder normativo de urgência, embora não se olvide a impossibilidade de melhor sistematização do mesmo tendo por base apenas uma das espécies de sua manifestação. Poder normativo de urgência é, portanto, o poder para criação de norma precária por ato não sujeito ao rito comum, em situações nas quais fique configurado o estado de necessidade.

O estado de necessidade é de difícil caracterização, em que pese a opinião favorável da objetividade de sua verificação defendida pela maior parte dos doutrinadores e juristas brasileiros, sendo mais bem explicado como um critério de decisão com grande amplitude de apreciação subjetiva a respeito de situações que tenham potencial ofensivo a algum bem juridicamente tutelado, conforme discutido no Capítulo anterior.

A não sujeição ao rito comum de produção normativa para as normas de mesmo escalão decorre principalmente do *periculum in mora* verificável

como decorrência do estado de necessidade.

A precariedade da norma decorre da ausência de estabilidade da norma gerado pelo ato da produção normativa de urgência. Nesse sentido, a MP deve ser convertida em Lei pelo Congresso Nacional para que obtenha a qualidade de permanência no ordenamento. Tal atributo desse tipo normativo pode trazer dúvidas relativas justamente à dogmática jurídica em termos de vaidade, vigência, eficácia e força, questão que merecerá um estudo específico.

2.2 Poder normativo de urgência, validade e eficácia

Em termos estritos da dogmática jurídica (Cf. FERRAZ JR., 2007, p. 197), a validade de uma determinada norma jurídica é assinalada através da observância do processo de formação ou produção normativa com os requisitos instituídos pelo próprio ordenamento. A validade diz respeito à integração entre norma e ordenamento, o que nos permite relacionar quais normas fazem parte de determinado ordenamento jurídico e quais normas não fazem parte de tal ordenamento.

A respeito do poder normativo de urgência, o ordenamento jurídico brasileiro prevê as modalidades de ocorrência, bem como, o modo de tomada de tais atos. Exemplificando os requisitos formais de validade das normas de urgência, temos o procedimento para edição de medidas provisórias que já foi visto em detalhes na seção anterior. No que tange aos requisitos de urgência e relevância, há ao menos uma tentativa na doutrina brasileira de dar objetividade a estes elementos negando-lhe tanto a factualidade quanto a subjetividade:

À Ciência do Direito incumbe a parte significativa advinda do sistema, sincronicamente analisado, mediante eleição de *critério jurídicos* que possa descrever e explicar o conjunto de propriedades que permitam a inclusão de casos, na classe de casos constante das definições de urgência e relevância. A conceituação objetiva, portanto, não é arbitrária, como Frier, ou inviável, como sustenta Pitruzzella, dado que, embora longe dos fatos, os pressupostos de relevância e de urgência são conformados pelo sistema que lhes atribui significação suficiente para condicionar a atuação do Poder Executivo. (ÁVILA, 1997, p. 27)

No entanto, não se afigura correta a atribuição à ciência do direito – a menos que se considere alguma teoria oracular do direito – de buscar uma objetividade a estes elementos. A previsão explícita de ritos e procedimentos específicos para determinados atos com poder normativo de urgência não obsta,

contudo, a peculiaridade destas medidas de subverter ritos e formas, como foi visto ao longo deste trabalho.

Um exemplo ocorrido no Brasil ilustra bem esta característica é o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.376 que teve por objeto as normas que constituíram o PROER – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional -, já mencionado no item 1.1:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.179/95, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS DE FORTALECIMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. PARCIAL REEDIÇÃO PELA DE Nº 1.214/95. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 192, CAPUT, ART. 150, § 6º, E ART. 5º, XX, CF/88 E, AINDA, COM OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. PEDIDO ACOMPANHADO DE REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Ausência de plausibilidade da tese: - em primeiro lugar, por ter-se limitado a definir, no art. 1º e parágrafos, os contornos de programa criado por ato do Conselho Monetário Nacional, no exercício de atribuição que lhe foi conferida pela Lei nº 4.595/64 (art. 2º, inc. VI), recebida pela Carta de 88 como lei complementar; - em segundo lugar, tendo em vista que o art. 2º e seus incisos e parágrafos, ainda que houvessem instituído tratamento tributário privilegiado às fusões e incorporações, o fizeram sem afronta ao art. 150, § 6º, da CF/88, posto que por meio de lei editada para esse fim, a qual, por isso, não pode deixar de ser considerada específica, como exigido pelo referido texto; - e, por fim, considerando que o art. 3º, ao afastar a incidência, nas incorporações e fusões, do art. 230 da Lei 6.404/76, referiu norma legal cuja vigência se acha envolta em séria controvérsia, circunstância por si só capaz de lançar dúvida sobre a questão de saber se concorre, no caso, o pressuposto da relevância do fundamento do pedido. Registre-se, ainda, que escapa à competência do Poder Judiciário a apreciação do requisito de urgência previsto no art. 62 da CF/88 para a adoção de medida provisória, conforme jurisprudência assente do STF. Medida cautelar indeferida.

Embora extensa, a citação acima se justifica na medida em que permite visualizar de modo explícito a postura do Supremo Tribunal Federal a respeito da relevância da atribuição do caráter de urgência aos atos normativos. Nesse ínterim, as normas que constituíram o PROER foram objeto da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.376. A referida ação foi estudada por Ademir Antônio Pereira Júnior, o qual conclui que “o STF, pressionado pelo contexto econômico, como transparece em alguns votos, evitou desconstituir decisões do Poder Executivo a despeito da inconstitucionalidade reconhecida” (PEREIRA Jr., 2007, p 23).

Neste caso, as normas foram reconhecidas como inconstitucionais, entretanto a normatividade foi mantida. Em outras palavras, embora ilegais, aquele conjunto de normas foi incluído na ordem jurídica pela necessidade, através da suspensão das formalidades legais. Cabe discutir, no voto dos ministros, a prevalência

de elementos de ordem extrajurídica, aos quais, entretanto, é atribuído poder normativo suficiente para contrariar a própria Constituição, feito que apenas pudesse ser executado satisfatoriamente através do expediente da suspensão sem perda da vigência dos instrumentos legais. As questões relativas a validade desse tipo de normas, portanto, remetem ao debate da própria natureza desta modalidade de produção normativa, que será analisada em momento oportuno. Por ora, caberá analisar a maneira pela qual tais normas se comportam ao longo do tempo.

A vigência da norma, por sua vez, considera a questão cronológica da validade da norma. Em outras palavras, a análise da vigência normativa permite conhecer o lapso temporal pelo qual uma determinada conduta prescrita por uma norma é exigível. O critério fundamental a ser observado ao analisar a vigência é a publicação.

A esse respeito, cabe destacar que:

(...) validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida. Os critérios dogmáticos de reconhecimento da validade não são os mesmos da vigência. (FERRAZ, 2007, p. 199)

Outro atributo imputável às normas jurídicas é a eficácia. A verificação da eficácia considera a capacidade de determinada norma de produzir efeitos. Os requisitos da produção de efeitos podem ser de natureza fática ou de natureza técnico-jurídica:

A presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Essa adequação entre prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma/realidade normada). (...) Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para proteção do trabalhador, mas esse aparelho não existe no mercado nem há previsão para sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. (FERRAZ, 2007, p. 199)

A eficácia social ou efetividade não se confunde, no entanto com sua observância. A eficácia da norma não encontra na obediência um critério definitivo para sua configuração, embora se trate de um elemento relevante da eficácia. Nesse sentido, Tercio Sampaio exemplifica normas eficazes, mas não obedecidas através de normas que estatuem prescrições exigidas pela sociedade, mas que não podem ser cumpridas a rigor sob pena de caos social. A eficácia tem, portanto, mais relação com o sucesso normativo que diz respeito por um lado à obediência espontânea e a obediência por imposição de terceiro.

Nesse sentido, as normas postas por atos de urgência, longe de ter sua eficácia garantida pela própria existência de determinado fato, sempre pressupõe um determinado ato que a ponha em funcionamento, por mais flagrantemente ilegal que este seja. Tais observações levam a crer que o núcleo em torno do qual circundam as questões relativas à produção normativa de urgência é justamente a diferenciação entre fatos e normas.

2.3 Produção normativa de urgência e distinção entre fatos e normas

O ponto de partida para a estruturação de uma teoria capaz de engendrar um método de conhecimento do direito é a distinção entre Direito e Natureza. Para Hans Kelsen, o direito é um fenômeno social, o que o faz integrar um rol de ciências que diferem em sua essência das ciências que têm como objeto a natureza. Por natureza entende-se o sistema de elementos relacionados entre si pelo princípio da causalidade.

Em relação à sociedade, esta se caracteriza como uma ordem que regula a conduta dos homens. Embora, possa parecer, num primeiro momento, que tais condutas sejam também um fenômeno natural, uma análise mais aprofundada nos mostra que em nossos juízos sobre a conduta humana aplica-se outro princípio absolutamente distinto do princípio da causalidade. Kelsen, frente à ausência terminológica a este princípio verificável na relação entre as condutas humanas, o denominará imputação.

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. (KELSEN, 1960, p. 17)

A relação de imputação depende de uma norma que prescreva ou autorize uma conduta determinada. Tal norma é o sentido que se dá a um ou mais atos que os homens cumprem em determinado lugar e época, aos quais se denomina, sem ser exaustivo, costume, lei ou jurisprudência. Por outro lado, a lei de causalidade opera à revelia de qualquer norma criada pelos homens.

Cuando decimos que una norma es 'creada' por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido 'puestas', sino

solamente 'supuestas' por un acto puramente intelectual. (KELSEN, 1960, p. 17)

Tanto as leis causais quanto as leis normativas apresentam-se sob a forma de juízos hipotéticos. Tais juízos estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência. No entanto, observa Kelsen, a natureza desta relação não é a mesma nos dois casos.

No princípio da causalidade, a condição é uma causa e a consequência seu efeito. Nesta seara, não intervêm nenhum ato humano. Além disso, cada causa concreta é simultaneamente efeito de outra causa e cada efeito a causa de outro efeito, o que leva a cadeias infinitas de causas e efeitos e cada acontecimento é o ponto de intercessão de um número infinito de cadeias causais.

Por outro lado, o princípio da imputação opera de um modo completamente distinto. A condição à qual se imputa uma consequência jurídica não é necessariamente uma consequência imputável a outras condições. Tais relações entre as condições e as consequências são estabelecidas por atos humanos (ou sobrehumanos no caso dos sistemas religiosos, por exemplo). A cadeia de causa e efeito é sempre finita, de modo que a uma condição se imputa uma consequência (moral, religiosa, jurídica, etc), à qual constitui o ponto final da imputação.

Kelsen dá destaque a esta distinção entre os dois princípios, visto que a imputação tem um ponto final, enquanto a causalidade não o tem.

Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre nos es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, por elactomismo nos es imputado a otra cosa o a otra persona. (KELSEN, 1960, p. 27)

Aos homens é atribuída a liberdade enquanto este é considerado como parte de determinada sociedade, em outras palavras, enquanto pessoa submetida a determinadas ordens normativa. A liberdade reside, segundo Kelsen, justamente no fato de não estar submetido ao princípio de causalidade, a qual foi concebida como necessidade absoluta.

El hombrees libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena). (KELSEN, 1960, p. 29)

É conveniente frisar a conceituação de necessidade e sua contraposição à liberdade.

O que não pode não ser; ou o que não pode ser. Esta é uma das noções mais uniformes e firmemente estabelecidas na tradição filosófica. Segundo esta definição, “o que não pode ser” é o *impossível*, que é o contrário do *oposto* de N. [leia-se N. como necessário], sendo também N., assim como o preto, que é a cor oposta do branco, também é cor. O contraditório do N., o não N., é a outra modalidade fundamental, o *possível* (v.) As discussões lógicas contemporâneas sobre o N., quando não equivalem à negação expressa ou implícita dessa noção, nada mais são do que a representação dessa definição em termos de convencionalismo moderno (ABBAGNANO, 2007, p. 818).

Aristóteles reduzia os sentidos de necessidade em um conceito:

Diz-se que é N. aquilo a que somos coagidos quando uma força qualquer nos obriga a fazer ou a sofrer alguma coisa que é contra o instinto, de tal modo que a necessidade consiste, neste caso, em não poder fazer ou sofrer de outra forma. O mesmo vale para as condições da vida e do bem, pois quando o bem, a vida ou o ser não pode existir sem algumas condições, estas são chamadas de necessárias, e diz-se que a causa é a própria necessidade (ARISTÓTELES *apud* ABBAGNANO, 2007, p. 819).

A liberdade humana que escapa à necessidade e ao princípio da causalidade é tomada como tal apenas para fins de imputação, o que não retira necessariamente da causalidade os motivos que determinaram a conduta.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidários del determinismo y a los del libre albedío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes (KELSEN, 1960, p. 30).

Para Kelsen, desta maneira dá-se uma solução puramente racional ao problema da liberdade e da necessidade. Entre ambas não há um verdadeiro conflito, mas apenas dois métodos paralelos de conhecimento fundados sobre a causalidade e a imputação, respectivamente.

3. URGÊNCIA E CONFUSÃO ENTRE FATO E NORMA

Ainda que existam pontos de contato, ser e dever ser não se confundem, igualmente, fato e norma, ou vida e direito. Estas dicotomias que servem de arcabouço para edificação de teorias jurídicas e sistemas jurídico-políticos parecem sofrer, ao menos, um duplo ataque neste início de século.

O primeiro ocorre em seguida a Primeira Guerra Mundial através dos novos arranjos jurídico-políticos forjados naquele período, os quais serão analisados a partir da obra de Giorgio Agamben. O segundo golpe é infringido pelos próprios professores de filosofia do direito que a partir de meados do século passado vêm fornecendo um suporte teórico para uma prática jurídica que ignora a dicotomia entre ser e dever ser. A análise dessas teorias, que já se pode dizer dominantes, será empreendida a partir de um estudo paralelo entre a inflação normativa e a produção normativa de urgência. Para tanto, utilizar-se-ão como subsídios as obras do acadêmico Leonardo D'Ávila de Oliveira.

No contexto da impossibilidade de distinção que se apresente entre norma e fato, será analisada a cognição do conceito jurídica de urgência através do estado de exceção. Nesse ponto, serão abordados alguns pontos da obra Estado de Exceção de Giorgio Agamben.

3.1 Produção normativa de urgência e inflação normativa

Outro fenômeno que se pode observar na sistemática da produção normativa recente é a “inflação normativa”. Da forma como vem sendo definida tradicionalmente, caracteriza-se pelo aumento gradativo da atividade normativa estatal somado à atinente redução do valor simbólico das normas inflacionadas. As consequências suas mais visíveis são mudanças significativas no processo de produção e aplicação do direito mediante a confecção e utilização de leis polissêmicas, casuísticas e específicas. No primeiro caso, recorre-se à utilização no texto legal de termos como, “bem comum”, “justiça social”, “equidade”, pretendendo prover ao Direito um maior dinamismo em sua aplicação. Em segundo lugar, inverte-se o postulado da coerência estrutural em torno de um projeto político-jurídico comprometido com uma promessa de futuro, com um programa de Estado e metas finalísticas; as produções legais refletem o imediatismo de leis adaptáveis às diversas

situações presentes, ou seja, a elaboração de um modelo jurídico que só ganha sentido e eficácia através de uma normatividade do caso concreto. E por fim, observamos a consecutiva quebra de logicidade e racionalidade dos diversos ordenamentos, que são estruturados não mais com pretensões de unidade, como até então eram pensados, mas a partir de campos, com racionalidade, seletividade e complexidade próprias, é o que se torna visível, por exemplo, com o grande aumento de estatutos e legislações especiais.

Se num primeiro momento essa configuração de maior dinamismo se apresenta como uma espécie de garantia ao retorno do Estado no protagonismo das regulações sociais contemporâneas, analisando alguns dos seus desdobramentos, podemos questionar profundamente essa afirmação. Segundo José Eduardo Faria, uma das conseqüências diretas desse fenômeno é a ampliação da discricionariedade judicial e o protagonismo dos juízes na vida política, social e econômica:

Isto porque, como não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas múltiplas normas critérios constantes e precisos de leitura e interpretação, esse ordenamento acaba exigindo um trabalho interpretativo contínuo, uma vez que essas normas só podem ter seu sentido definido, basicamente, no exato momento de sua aplicação (FARIA, 2004. p. 130).

Pode-se afirmar que a multiplicação de direitos econômicos ocorrida no século passado, aos quais se contrapõem deveres equivalentes por parte do Estado, acarretou no agigantamento das burocracias estatais. A intervenção estatal nesta seara é legitimada, via de regra, através do conceito de poder discricionário, o qual pode ser compreendido como exceção ao princípio da legalidade, ao menos em sua gênese. Dotado de um corpo técnico profissional e altamente especializado, o Poder Executivo compreende a estrutura estatal melhor aparelhada para desempenhar a normatividade exigida pela crescente gama de áreas sociais de maneira tempestiva. Por outro lado, ao se observar algumas searas do direito, como a econômica (*cf.* ROCHA, 2002) pode-se concluir a maneira pela qual são aceitas essas normas por seus destinatários, como foi dito anteriormente, não deixam dúvidas sobre seu efetivo poder normativo, a despeito de sua não necessária consonância com o basilar princípio da legalidade.

Jean Paul verifica com maior clareza o fenômeno do Estado administrativo no âmbito do sistema financeiro. Neste campo, observa, já existe autonomia formal da entidade de produção normativa em boa parte dos sistemas jurídicos contemporâneos. Porém, assevera o autor, mesmo quando esta não existe,

“pode haver a *autonomia de fato*, já que a complexidade técnica de suas atribuições inviabiliza um controle absoluto das lideranças políticas sobre a burocracia” (ROCHA, 2002, p. 39). Em outras palavras, nestas áreas altamente específicas, praticamente inexistente controle político e de legalidade da produção normativa. Isto, porque a burocracia econômica deixa de ser uma entidade meramente *executora* de políticas, transformando-se oficialmente em *formulador* delas.

A sistemática negação do poder normativo de urgência por si só não permitira que o direito cumprisse com as promessas preconizadas na modernidade. Não seria verídico sustentar a possibilidade de manter a magnitude das atribuições estatais, bem como, a responsabilização delas oriunda negando ao Estado o poder de uso da medida de urgência. O tempo naturalmente lento e ritualístico das democracias modernas tornaria inviável o devido tratamento das questões econômicas, campo no qual o poder normativo de urgência é exercido de maneira mais intensa e sujeito a menor controle, sob a proteção da “discrecionabilidade técnica”.

Embora estes dados e constatações sejam extremamente relevantes para subsidiar qualquer estudo no campo da atual teoria do direito, a análise do aumento quantitativo e mesmo qualitativo da produção normativa parece ser insuficiente para delimitar os efeitos de tais fenômenos no desenho das instituições jurídico-políticas.

“(…) não seria suficiente para reconhecer um direito excessivo e desvalorizado a simples busca empírica de dados que comprovem a hipótese se, por outro lado, não forem, observados os diversos tipos de sistematização e teorização presentes na teoria do direito. Isto porque entre sistema e acidente, norma e ordenamento ou teoria e aplicação do direito, há sempre um elemento de ação e outro de justificação, ou seja, a operação funciona por binômios que pressupõem alguma relação oculta entre o específico e o genérico. (OLIVEIRA, 2009, p. 38)

O estudo paralelo entre os fenômenos da inflação normativa e da produção normativa de urgência tem como resultado aproximações de efeitos produzidos no âmbito de cada um deles, de modo a extrair-lhes alguns traços comuns. Marcantemente, no que interessa à teoria do direito, como descrição mesma do fenômeno jurídico, pode-se evidenciar tanto num como noutro caso a alteração da dicotomia entre norma e fato.

Partindo dos resultados obtidos pelo estudo dos sistemas na seara da teoria do direito realizado por Mario Losano, Leonardo D’Ávila de Oliveira ao expor o modo pelo qual se propõe a analisar a inflação normativa em sua dissertação, considera que:

A principal contribuição dada por Losano consiste na diferenciação entre sistemas externos e sistemas internos no direito, cada qual com uma diferente relação com a estrutura. No primeiro tipo elencado, ha uma preponderância na busca por uma estrutura exterior a caoticidade das proposições jurídicas, enquanto para o segundo, a referência a estrutura se da como um ponto de partida para o aplicador do direito ao lidar com normas jurídicas.

(...)

Em linhas gerais, diz o autor que no direito do século XIX prepondera o pensamento de um sistema externo, sendo a escola histórica um dos maiores exemplos. Por outro lado, no século XX, com um remodelamento de um positivismo jurídico que tem em Kelsen seu principal expoente, o sistema passa a ser predominantemente interno, ao passo que a partir da segunda metade do século ele volta a ser externo. Ainda assim, não se pode dizer que essas noções sejam de algum modo irreconciliáveis ou que não existam em conjunto. O que Mario Losano quer salientar e a diferenciação semântica que a palavra sistema exige, isto é, que o sistema externo e por excelência uma atividade de teóricos do direito, enquanto o sistema externo e normalmente a noção utilizada por aplicadores do direito. (OLIVEIRA, 2009, p. 26)

Nesse sentido, a obra de Kelsen, embora não tenha iniciado a divisão entre os sistemas externo e interno, desenvolve tanto um sistema externo do direito que reflete diretamente em uma descrição sistemática do corpo jurídico, quanto um sistema interno, no qual se revela a função integradora do dever-ser (ainda que, como ressalva Losano, não se evite o contato com a realidade ao se questionar sobre a norma fundamental). Diante disso, o questionamento trazido por Oliveira diz respeito à sustentabilidade dos sistemas baseados na distinção entre ser e dever-ser. Embora a resposta do acadêmico seja positiva, o interesse em trazer a discussão sobre sistemas reside na desconfiança de que tal dicotomia teria sido abandonada pelas teorias que surgiram na segunda metade do século XX, especialmente aquelas desenvolvidas por Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Robert Alexy e Ronald Dworkin:

O que interessa marcar, no entanto, é que tais teorias podem ser muito elucidativas tomadas em conjunto, ainda que soe como algo estranho ou de difícil compreensão. Isto porque, em sua grade maioria, fica evidente uma tendência em estabelecer critérios que dêem ao direito uma aproximação mais coerente com os fatos para que ele seja construído de forma mais harmônica e genérica. Para tanto, cada uma dessas teorias, como se observou, estabelece uma diferente noção de sistema, mas sempre o tomando como algo aberto e que somente se manifesta em um direito enquanto construção, de modo a superar o positivismo jurídico. O sistema passa, assim, a trabalhar em face do acidente que a cada momento se apresenta ao jurista, e, em vez de apresentar uma resposta interna ao próprio sistema, as teorias da segunda metade do século XX tendem a compor uma tentativa de superação da cisão entre direito e fato. (OLIVEIRA, p. 32, 2009)

Paralelamente à conceituação da inflação normativa através da desconsideração da fenda existente entre fato e norma levada a cabo por Oliveira, buscar, igualmente, uma definição para a produção normativa de urgência na tentativa

de superação da distinção entre ser e dever-se, apresenta-se como uma maneira promissora de enfrentar o problema.

“Estas leituras se fazem necessárias para que se reconceitue inflação normativa. Não mais pensá-la como crise ou excesso de leis ou mesmo de normas. Isto seria praticamente resolvido com uma justificação por um sistema externo, o qual veria o direito em sua exterioridade como perfeitamente normal. O que se pretende demonstrar é que, na atualidade, se é possível falar em inflação normativa, ela está na aceleração frenética e na desconsideração da própria aporia que constitui a palavra direito. Portanto, a desconsideração da aporia que assombra a noção de validade consiste em aceitar fatos que dão normas, decisões arbitrárias e uma fusão entre linguagem e mundo (ou mais comumente apelando para palavras mais belas como junção entre direito e necessidades sociais ou justiça) que somente se pode dar na suspensão do ordenamento.” (OLIVEIRA, 2009, p. 39)

3.2 Urgência e confusão entre normas e fatos

Tudo é necessidade. A explicação dada por Dr. Liberato a Isidoro, Pascoal e Valério acerca das mentiras de Nicolau Varejão na obra de ficção literária *Caetés* de Graciliano Ramos tem completa validade enquanto descrição de um fato natural. Neste caso, a relação estabelecida entre os fatos é de causalidade, regida sobre o princípio da necessidade. Analisado deste modo, Nicolau simplesmente descreveu aos seus pares uma situação, que jamais lhe ocorrera, reputando-a verídica. No entanto, ao transpor a mesma situação para um campo de análise deontológica concreta, o princípio da necessidade perde seu potencial explicativo.

A afirmação anterior tem guarida na denominada “lei de Hume”, segundo a qual o ser é independente do dever ser (e vice-versa):

Em todos os sistemas de moral que encontrei até aqui tenho sempre notado que o autor durante algum tempo procede segundo a maneira comum de raciocinar, estabelece a existência de deus, ou faz observações sobre a condição humana; depois, de repente, fico surpreendido ao verificar que, em vez das cópulas, *é* ou *não é* habituais nas proposições não encontro proposições que não estejam ligadas por *deve* ou *não deve*. Esta mudança é imperceptível, mas é da maior importância. Com efeito, como este *deve* ou *não deve* exprime uma nova relação ou afirmação, é necessário que sejam notados e explicados; e que ao mesmo tempo se dê uma razão daquilo que parece totalmente inconcebível, isto é, de como esta nova relação se pode deduzir de outras relações inteiramente diferentes. Mas, como os autores geralmente não têm essa precaução tomei a liberdade de a recomendar aos leitores. (HUME, 2001, p. 543 *apud* DIMOULIS, 2006, p. 193)

Supondo a proibição de mentir como norma jurídica, seria logicamente inaceitável deduzir de tal proibição a afirmação de que ninguém mente, bem como, igualmente intolerável seria “afirmar algo sobre o direito ‘como ele é’, com base no direito como ‘deveria ser’” (DIMOULIS, 2006, p. 193).

A dicotomia entre ser e dever ser, norma e fato, não significa que o direito não faça parte do mundo dos fatos reais. São ao menos três os pontos de ancoragem da esfera do dever ser na esfera do ser:

Em primeiro lugar, a realidade social cria o direito, impondo a norma A (e não eventual norma B). Como ensina a tese social, o direito só pode ser criado em virtude de certos acontecimentos sociais. Essa é a força normativa dos fatos, expressa pelo brocardo *ex facto oritur jus*.

Em segundo lugar, a norma jurídica é formulada pelo aplicador com base no texto normativo. Ainda que se aceite a mais estrita e rigorosa obrigação de interpretar fielmente o texto da norma, devemos admitir que as formulações linguísticas são interpretadas e entendidas por seres humanos levando em consideração uma série de fatores e determinações culturais-históricas que permitem dar significado ao texto normativo e que a linguística estuda como aspecto *pragmático* da linguagem. Nessa ótica, a construção do *dever ser* jurídico é sempre o produto de processos reais que obedecem à esfera do ser (agir social).

Em terceiro lugar, os efeitos das normas jurídicas fazem parte do *ser*. Modificam a realidade social, já que a aplicação do direito se materializa em práticas dos indivíduos e do Estado. Isso se constata nos resultados, por exemplo, no fato de que as normas tributárias do Estado em relação àquilo que arrecadaria graças a doações dos particulares, mas a vinculação entre *ser* e *dever ser* se manifesta também em relação à motivação das pessoas. Sem admitir um impacto real do direito mediante a ameaça de sanções, seria impossível explicar por que os contribuintes pagam impostos. (DIMOULIS, 2006, p. 193)

Por essas razões, cabe ressaltar, não se pretende negar o estreito relacionamento das esferas do ser e do dever ser, sem o qual, o próprio direito se tornaria um sistema caduco. No entanto, esta opção metodológica permite considerar a validade do direito, como dever ser, independentemente de sua relação com o ser.

A produção normativa de urgência ao exigir máxima precisão e efetividade, opera assim como a inflação normativa, um excesso normativo em detrimento da legalidade mediante a indistinção entre ser e dever ser. Em outras palavras, as normas de urgência fortalecem o direito ainda através de um enfraquecimento legal, o que no limite confunde o direito com mera força.

Quando apenas a figura da autoridade judicante, legisladora ou administrativa tem a função de integrar o ordenamento, sem haver conflito com uma matéria, fundamenta-se um casuísmo que mina também a noção de legalidade. As diversas concepções de sistema, portanto, apenas servem de veículo para se demonstrar que tudo isto ocorre como em um transe em que não há separação (ainda que problemática) entre ser e agir, norma e fato, passando de uma aceleração a uma desconsideração dessas dicotomias, chegando no ponto em que se fala da força normativa dos fatos: força de lei sem lei. (OLIVEIRA, 2008, p. 137).

Sob o ponto de vista político, não resta dúvidas de que a sistemática utilização de atos normativos de urgência com força legal implica em um paradigma de governo lastreado no estado de exceção. Agamben, ao comentar a obra do jurista sueco Herbert Tingsten, *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs*

gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre, escrito em 1934, afirma que

O livro não vai além do registro de uma longa enumeração de exemplos; contudo, na conclusão, o autor parece dar-se conta de que, embora um uso provisório e controlado dos plenos poderes seja teoricamente compatível com as constituições democráticas “um exercício sistemático e regular do instituto leva necessariamente à liquidação da democracia” (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Desta feita, é de conhecimento geral que a partir de então se poderá perceber nas democracias ocidentais a paulatina erosão dos poderes legislativos, hoje limitados a ratificar disposições promulgadas pelo executivo sob a forma de normas de urgência. Para Agamben, a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário, característica essencial do estado de exceção, mostra sua tendência de transformar-se em prática duradoura de governo.

Para tanto, a inclusão da necessidade na ordem jurídica e sua apresentação como estado da lei torna-se imprescindível. Nesse sentido, a necessidade constitui o fundamento último e a própria fonte da lei. O *status necessitas* apresenta-se tanto sob a forma do estado de exceção quanto sob a forma da revolução, “como uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato” (AGAMBEN, 2004, p. 45). Tal limiar, antes de posicionar fatos e normas, implica, pelo contrário, em torná-los indiscerníveis.

A relação entre direito e vida é também tratada por Agamben ao se referir à posição paradoxal que direito e anomia mantêm entre si.

É como se o universo do direito – e, de modo mais geral, a esfera da ação humana enquanto tem a ver com o direito – se apresentasse, em última instância, como um campo de forças percorrido por duas tensões conjugadas e opostas: uma que vai da norma à anomia e a outra que, da anomia, leva à lei e à regra. Daqui resulta um duplo paradigma que marca o campo do direito com uma ambiguidade essencial: de um lado, uma tendência normativa em sentido estrito, que visa a cristalizar-se num sistema rígido de normas cuja conexão com a vida é, porém, problemática, senão impossível (o estado perfeito de direito, em que tudo é regulado por normas); de outro lado, uma tendência anômica que desemboca do estado de exceção ou na idéia de soberano como lei viva, em que uma força de *lex* (rodapé: Grifa-se assim para indicar a força de lei sem lei, à qual, em seu texto, Agamben utiliza uma distinção gráfica própria) privada de norma age como pura inclusão da vida. (OLIVEIRA, 2009, p. 139)

O elemento normativo que Agamben denomina *potestas* necessita de um elemento anômico e metajurídico, denominado *auctoritas*, para ser aplicado. Por outro lado, *auctoritas*, só pode se afirmar numa relação de validação ou de suspensão de *potestas*.

Enquanto resulta da dialética entre esses dois elementos em certa medida antagônicos, mas funcionalmente ligados, a antiga morada do direito é frágil e, em sua tensão para manter a própria ordem, já está sempre num processo de ruína e decomposição (AGAMBEN, 2008, p. 130).

O estado de exceção, conclui Agamben, “é o dispositivo que deve (...) articular e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas* (AGAMBEN, 2004, p. 130)”. Tais elementos, enquanto ligados, mas conceitualmente diferenciados (como na Europa Ocidental ocorria entre poder espiritual contraposto poder temporal) ainda que tal distinção seja baseada em uma ficção, o maquinário jurídico-político pode funcionar de alguma forma. Entretanto, “quanto tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal” (AGAMBEN, 2004, p. 131).

Em conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado, Chile, Juan Antonio Garcia Amado, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de León, Espanha, analisa de forma bastante provocativa aonde vai o direito contemporâneo – como sugere o título da conferência. Para o professor leonês, o direito ocidental contemporâneo busca apresentar-se para a sociedade como o fiel depositário das soluções para todos os nossos problemas. Amado verifica que os Tribunais Constitucionais alentados pelo que chama de teoria do direito contemporâneo dominante, arrolam para si a capacidade de dar às leis o sentido e alcance que melhor satisfaça aquilo que eles tomam como justo.

O professor espanhol sugere que o sistema judicial torna-se potencialmente autoritário quando autorizado pelo neoconstitucionalismo, conta com o beneplácito da cultura jurídica dominante, a qual modifica o nome das coisas de modo a torná-las mais palatáveis. Desta maneira, à opressão chamam de proteção dos direitos; ao puro exercício do poder ou à pura arbitrariedade dos poderes, a chamam de ponderação dos princípios. Para o professor de direito da universidade de León, a doutrina jurídica dominante está permitindo o surgimento de um fascismo brando, ou, ao menos, de um enfoque profundamente antidemocrático, ao questionar os próprios efeitos perversos do que se poderia chamar atualmente de uso alternativo do direito. Sem desconsiderar sua importância histórica ao longo dos estados autoritários espanhol e italiano, podendo-se incluir aqui também os países da América Latina,

assistimos agora a um renascer perversos do uso alternativo do direito, no qual dizem os constitucionalistas: o código civil, o código penal e até mesmo a letra da constituição, aplicamo-nos sim, mas segundo e como for mais conveniente.

Em crítica mais severa, aduz o catedrático que se o direito não é o que aí se diz – que todos podem ler e compreender –, mas se localiza em outro lugar, o direito volta a ser o que em tempos arcaicos e em outras culturas já foi, se converte em algo oracular. Evidentemente que os papéis de oráculos recairiam sobre as cortes constitucionais e os professores de filosofia do direito. O que se poderia dizer, tomando-se o que ocorria nos Estados Unidos no século passado, o “complexo militar-industrial”, um “complexo acadêmico-judicial”.

Tudo isso, ademais, num contexto de aversão política à democracia. A moral positiva que se traduz no direito que aprovamos não é a moral “verdadeira”. O modelo de vida que levamos não é o virtuoso. Quem sabe, então, qual o autêntico direito, pergunta Amado? Os professores e os juízes, pois o povo é bruto. As normas votadas pelos representantes populares apenas têm valor *prima facie*, enquanto for conveniente. Não o sendo, a norma simplesmente não é aplicada, não mais em nome da revolução – como se fazia com o uso alternativo do direito contra os regimes autoritários –, mas meramente em nome da Constituição mesma, onde estão os fundamentos da democracia.

Outro paradoxo do direito contemporâneo: em nome desta apoteose nominal dos direitos individuais tutelados via judicial, abandonam-se os direitos políticos. De que vale ao cidadão participar dos meios legalmente existentes se tudo que deles resultam está submetido ao escrutínio permanente dos que se supõem mais sábios, mais doutos, mais virtuosos e mais justos que o próprio cidadão.

Ao final, explicitamente provocativo, o professor espanhol apela: “temos que tomar com nossas mãos os direitos políticos e se for o caso para tanto, lançar ao rio, ou jogar ao mar alguns quantos professores neoconstitucionalistas ou a uns quantos magistrados, não tenhamos medo de fazê-lo, pois isso sim é defender a Constituição de seus verdadeiros inimigos”.

Há um exagero intencional e bastante evidente no grau de acidez do discurso de Amado – com o qual não se concorda plenamente –, porém suas palavras reforçam as observações levantadas no sentido de que a superação da distinção entre

fato e norma produz um direito de traços autoritários. Neste sentido, a apoteose dos direitos, que na superfície parece resguardar o apogeu de nossas expectativas sociais, guarda em sua face oculta, a impossibilidade de esta mesma sociedade desvencilhar-se das respostas dadas por seus próprios oráculos, responsáveis estes mesmos em ditar as normas, uma vez que se pode optar pela comodidade em dizer, tudo é necessidade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar que a produção normativa de urgência gera para a teoria do direito uma situação na qual fato e norma potencialmente se coincidem.

A principal dificuldade enfrentada ao longo da confecção desta monografia foi a escassez de bibliografia sobre o tema. Especificamente, nenhum título foi encontrado que abordasse o tema de maneira exclusiva, ao menos com essa mesma nomenclatura. A dificuldade, porém, não chegou a ser um desestímulo. A ausência de um caminho de fácil acesso alentou ainda mais a vontade de pesquisar o tema e escrever sobre linhas vazias.

Por outro lado, é evidente que não se partiu de lugar nenhum, o que certamente acarretaria no absoluto fracasso desta pesquisa. Foi preciso a todo o momento concatenar problematizações e conclusões, muitas vezes conflitantes entre si, para pouco a pouco vislumbrar um texto coeso e uma leitura diferenciada do fenômeno sobre o qual se debruçou. Consciente da dificuldade de se extrair posições consistentes de um mosaico de ideias, o trabalho precisou ser dosado, escrito e reescrito inúmeras vezes.

A maior parte dos registros consultados e citados ao longo deste texto tratava das medidas provisórias e da regulação econômica por meio de decretos e da atividade normativa de entidades ligadas ao poder Executivo como, por exemplo, o Banco Central ou as Agências Reguladoras. Ainda nessas obras, a discussão é centrada na dogmática destes institutos ou, em termos eminentemente políticos, na usurpação de competências próprias do Legislativo para Executivo e Judiciário. É necessário sublinhar que jamais se pretendeu tecer uma crítica neste sentido, a qual geralmente parte de anacronismos e de posturas próprias a um liberalismo oitocentista, que maiores explicações, no entanto, não cabem nesta obra.

Buscou-se analisar as implicações que tal fenômeno pode gerar para a teoria do direito, mais especificamente, para uma teoria positivista do direito, que pressupõe, entre outros, a separação entre fato e norma. Perseguindo este objetivo, foram apresentadas, inicialmente, as distinções entre necessidade e urgência. Frisou-se que o uso da primeira é bastante arraigado na cultura jurídica ocidental, expresso em alguns brocardos jurídicos repetidos nos autos e ofícios. A imperiosidade que se denota de necessidade somada ao elemento cronológico resulta na urgência

contemporânea. Nesse ponto, o estudo foi capitaneado pela obra de François Ost que cumpriu o objetivo de tratar de como nossa sociedade é marcada pelo tempo do imediatismo, substrato perfeito para o surgimento de situações de urgência.

A pesquisa seguiu através do estudo da pretensa capacidade normativa do estado de necessidade e da urgência. Nesse momento deu-se mais densidade à utilização jurídica dos termos necessidade e urgência. Por meio dos estudos empreendidos por Agamben, a produção normativa de urgência foi problematizada em um contexto de estado de exceção permanente. Desconfiou-se da objetividade como é comumente encarada a necessidade, bem como, da legalidade das normas produzidas desta maneira.

Ao final do primeiro capítulo, portanto, ficaram devidamente apresentadas necessidade e urgência. Igualmente relevantes foram as conclusões a respeito da teoria relativa ao tempo de François Ost, apontando na direção de um aumento da destemporalização da sociedade ocidental, fenômeno para o qual concorre o direito. Por fim, logrou-se enfatizar o modo pelo qual a produção normativa de urgência opera, em linhas gerais.

Superadas as discussões iniciais do tema, analisaram-se os aspectos dogmáticos da produção normativa de urgência. Buscou-se salientar alguns traços da produção normativa da urgência através de teorizações feitas a respeito das medidas provisórias. Consciente da potencial temeridade e arbitrariedade que a caracterização de um fenômeno de múltiplas facetas e de horizontes ainda completamente desconhecidos através da indução de seus traços a partir de uma de suas formas, optou-se por evitar generalizações e a teorização de modelos ou regras gerais.

Em vista disso, as conclusões obtidas nesta etapa permitiram explorar os próprios paradoxos e aporias que uma eventual teorização de cunho mais geral poderia engendrar. Foi preciso retornar às distinções mais elementares da teoria do direito positivo para que se pudesse inovar no assunto criticando a doutrina jurídica majoritária.

O trabalho de Kelsen sobre a diferenciação da ciência do direito e acerca das especificidades de suas proposições embasaram justamente a crítica mais incisiva sobre a possibilidade de criação normativa a respeito de um fato dito imperioso e sua comparação com os efeitos jurídicos próprios da revolução que impõe a legalidade de determinado ato sem negar a si, no entanto, o caráter eminentemente político.

Na etapa final deste trabalho, fez-se um estudo da produção normativa de urgência com o fenômeno da inflação normativa objetivando identificar possíveis comportamentos semelhantes aos dois acontecimentos. Inicialmente, verificou-se um aumento da atuação estatal a partir de meados do século passado, especialmente, através do reconhecimento dos direitos sociais e econômicos pela maioria dos países ocidentais. Atravessado por uma pleura de interesses conflitantes e sem possibilidade de uma regulação eficaz da sociedade, o direito estatal passa a ser multiplicado de maneira incessante por normas dos mais diversos escalões. A dificuldade, contudo, de conciliar o tempo deliberativo próprio dos ritos da democracia representativa com o tempo real exigido pelo mercado, possibilitou o aumento da produção normativa, bem como, o incremento de sua eficácia, pelos poderes Executivo e Judiciário. Esse fato, no entanto, somente foi possível com uma produção normativa pautada pela especificidade e pela exigibilidade de urgência dos atos.

Embora tais fatos sejam comumente aceitos como pontos de partida para os estudos recentes sobre teoria do direito, eles não encerram uma explicação, sob o ponto de vista da própria ciência jurídica, sobre a inflação normativa e a produção normativa de urgência. A respeito daquela, a obra de Oliveira considera que para a conceituação da inflação normativa é imprescindível debruçar-se sobre as teorizações a respeito do direito, para concluir que o fenômeno enseja numa tentativa de confusão, ou – como se diz por aí – superação, da dicotomia existente entre fatos e normas. Transpondo o mesmo raciocínio para a produção normativa de urgência, é possível também repensá-la como fenômeno integrante deste mesmo movimento.

Frente a isso, inevitável a comparação entre o esquema jurídico que se apresentou durante o trabalho com a descrição do estado de exceção como paradigma de governo detalhado por Agamben. A indeterminação de norma e fato ou, nas palavras do filósofo italiano, vida e direito, é condição para que o sistema jurídico-político torne-se uma máquina letal.

Nesse mesmo sentido, a conferência realizada por Amado, chama atenção para os rumos que a teoria e filosofia do direito têm tomado recentemente. Nesse sentido, ao advogar pela apoteose dos direitos nominalmente reconhecidos em leis ou constituições que, em todo caso, são válidas apenas *prima facie*, ante a existência de determinados princípios cuja axiologia compete a determinados juristas, a teoria do direito dominante sufoca qualquer possibilidade de participação

democrática dos cidadãos nos rumos de seus próprios direitos.

A produção normativa de urgência, portanto, pressupõe a indistinção entre fato e norma. Por esse caminho, abrevia-se de modo abrupto toda a evolução conceitual de autoridade e sua relação com a legalidade desenvolvida ao longo do século XX para engendrar um contexto de impotência política e de ascensão das tecnocracias.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de ROSSI, Alfredo e BENEDETI, Inove Castilho. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?PROER>>. Acesso em: 21 fev. 2011

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: UNESP, 2008.

BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 10 out. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 05 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 293**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1500588>>. Acesso em: 07 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 365**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1504929>>. Acesso em: 07 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1376**. Disponível em <>. Acesso em 14 de out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1516**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1652998>>. Acesso em: 07 out. 2011.

FARIA, José Eduardo (org). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

_____. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**: Introducción a la ciencia del derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Carolina Fusco Ferraz de. **A efetividade do controle de medidas provisórias**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007.

OLIVEIRA, Leonardo D'Avila de. **Inflação normativa: excesso e exceção**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Ademir Antônio. **O papel do STF na regulação do sistema financeiro**. São Paulo: Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007.

REIS, Luciana Silva. **Medidas provisórias no STF: o papel do tribunal no presidencialismo de coalizão**. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2006.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. **Regulação financeira, Direito e democracia**. In FARIA, José Eduardo (org). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.