

DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL

ADHEMAR FERREIRA MACIEL*
Juiz do Tribunal Regional Federal-DF

A essência do Constitucionalismo está na limitação do poder do Estado. Três correntes doutrinárias procuram justificar essa limitação. Uma delas – a Teoria da Separação dos Poderes – prega que a única maneira de se conter o poder é fracionando-o. O poder não pode ficar todo na mão de um só, pois seu detentor tende, naturalmente, a abusar dele. Assim, se der uma porção de poder para mais de um órgão governamental, cada qual acabará por controlar o outro e nenhum sobrepujará.

Essa corrente doutrinária se achava em voga, sobretudo através das idéias de BOLINGBROKE, MONTESQUIEU e BLACKSTONE, quando se fez a Constituição dos Estados Unidos. Os constituintes norte-americanos procuraram pôr no papel e, depois, em prática, essa doutrina.

Em "O Federalista" (nº 78), HAMILTON, com o pseudônimo de PUBLIUS, buscou justificar, dentro dessa linha teórica, a posição do Judiciário, sabidamente o "mais fraco dos três poderes".

"O Judiciário" – insistia HAMILTON –

não tem a menor influência sobre a espada (*referia-se ao Executivo*) nem sobre a bolsa (*referia-se ao Legislativo*); não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem "força" nem "poderio", limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos.

A seguir, HAMILTON, certamente influenciado pela leitura de EDWARD COKE, procura demonstrar que o Judiciário, exatamente por ser o mais fraco dos três Poderes, é aquele naturalmente encarregado de

controlar, em nome do povo, os atos do Legislativo e do Executivo face à Constituição:

A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confisco, leis *ex post facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis.

Daí para cá, o juiz americano começou a difícil e lenta tarefa de impor-se como membro de um Poder. Foi graças sobretudo à "*construction*" jurisprudencial da Suprema Corte de JOHN MARSHALL que o povo passou a confiar em seu juiz.

É claro que nos Estados Unidos, por mais de uma vez, a Suprema Corte teve suas ordens desrespeitadas e até chasqueadas pelo Executivo. Assim se deu com MARSHALL. ANDREW JACKSON, então presidente da República, teria dito: "Bem, JOHN MARSHALL tomou sua decisão. Agora, que ele a execute". De outra feita foi uma ordem expedida por ROGER TANEY, presidente da Suprema Corte, que não foi acatada por militares a mando do próprio presidente ABRAHAM LINCOLN. De qualquer sorte, o juiz, com o correr dos anos, foi se firmando como autêntico membro de um Poder.

No Brasil, por incrível que pareça, ainda se discute se a autoridade administrativa, de um modo geral, e a "autoridade coatora", em mandado de segurança, em particular, em não cumprindo ordem judicial específica, estaria praticando "crime de desobediência" (CP, art. 330) ou "crime de prevaricação" (CP, art. 319).

Ora, o juiz, desde que esteja comprovado cabalmente o não cumprimento propositado da ordem, deverá simplesmente mandar

prender seu destinatário, que se acha em flagrante delito. Se a ordem for arbitrária – o que se admite em tese – que a autoridade administrativa também lance mão da via judicial. O Judiciário é o único meio para resolver tais casos.

O problema de ser "crime de prevaricação" ou "crime de desobediência" não cabe ao juiz, mas ao Ministério Público. O fato é que juiz, sem qualquer aqodamento, *cum prudentia officii*, não pode deixar que seu mando caia no vazio. Aí estará em jogo não "sua" autoridade de magistrado. Em jogo estará o *imperium* que lhe foi confiado pelo Povo, via Constituição.

O direito estadunidense dispõe de instituto processual eficaz, utilizado sobretudo no *equity*, denominado *contempt of Court*, que podemos traduzir, embora sem correspondência em nosso direito, por "desacato ou embaraço à corte". Esse instituto é de natureza "civil" ou "criminal" (essa classificação nada tem com nosso "processo civil" ou "processo penal").

O *civil contempt of court* é menos grave, pois a ofensa é tida como sendo contra a parte (processual) e não, propriamente, contra o tribunal ou juiz de onde emana a ordem desrespeitada. A ofensa, porém, passa a ser mais grave quando se trata do *criminal contempt of court*. Nesse último caso, o desacato é praticado "contra a dignidade do tribunal". Daí o juiz poder aplicar, a seu talante, uma multa ou, então, ordenar desde logo a prisão daquele que está dificultando, embaraçando ou obstruindo uma ordem legitimamente provinda de autoridade judicial competente.

Nos países que adotam o controle difuso da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos, como os Estados Unidos e o Brasil, cabe a cada órgão judicante, de primeiro ou segundo grau, o papel de declarar qual norma prevalece. Ora, de nada

adianta declarar-se nulo o ato administrativo ou condenar a autoridade a fazer ou não fazer alguma coisa se a decisão não for cumprida.

No caso do mandado de segurança, seria muito "comodismo" do juiz entender que sua função se exaure com o ofício que acompanha o "inteiro teor da sentença à autoridade coatora" (LMS, art. 11). Se o interessado reclamar o não cumprimento da sentença de execução específica, o juiz não pode cruzar os braços e falar que já cumpriu sua parte, isto é, já reconheceu o direito do impetrante. Que lei é essa e que juiz é esse que valem para particular e não valem para o Poder Público? A tônica do Estado de direito não é a igualdade de todos perante a lei e na lei?

Não é de bom alvitre invocar-se a doutrina e a jurisprudência italianas ou francesas no caso de execução específica contra o Estado. E sempre bom lembrar que nosso mandado de segurança, que tem previsão constitucional, se destina contra ato de "autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (CF-88, art. 5º, LXIX).

A fonte de nosso mandado de segurança foi, ainda que remotamente, o *juicio de amparo* mexicano, o qual, a seu turno, tomou o *writ of injunction* norte-americano como modelo.

A Constituição mexicana, ao dispor sobre o *juicio de amparo*, é até mais severa quando a autoridade administrativa não cumpre a ordem judicial: "...será imediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de distrito que corresponda" (Art. 107, XVI).

O vigor do mandado de segurança – atente-se para isso! – repousa não no entender o que seja direito líquido e certo, não nos prazos, não nos recursos, mas, densamente, objetivamente, enfaticamente, no dar forma mais prática, enérgica e policiada à execução da sentença, ao MANDADO em si, como determinação judiciária (J.M. OTHON SIDOU in "Do mandado de segurança" – RT – 3ª ed., p. 415).

Acredito que não tenha contribuído para a "solução" do problema, mas estou certo que não deixei de mostrar, sobretudo com ligeiríssimas incursões no direito comparado, que o juiz não pode ficar esperando tudo do legislador. Ele tem que interpretar as leis de modo a reforçar sua autoridade, pois nela é que repousa a garantia do jurisdicionado.