

Jurista, de que lado você está?

Autor(a): Ricardo Marcondes Martins

Publicado em: 17 de junho de 2016

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta>

Fonte original:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta>

Identificador citável:

juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta#ep-cc348ec5

Resumo

Tenho optado, neste precioso espaço que o Prof. Paulo Modesto me proporciona, por temas conceituais, técnicos, próprios da teoria do Direito. Nesta coluna, antecipo, afastar-me-ei da temática que me impus.

Texto integral

Tenho optado, neste precioso espaço que o Prof. Paulo Modesto me proporciona, por temas conceituais, técnicos, próprios da teoria do Direito. Nesta coluna, antecipo, afastar-me-ei da temática que me impus. Farei aqui uma provocação aos juristas, uma provocação contundente. Meu ponto de partida é filosófico: nem tudo é “relativo”. Por força das descobertas da Física Quântica, o relativismo ganhou espaço. Basta lembrar do princípio da incerteza de Heisenberg: ao contrário do que supunha a Física Clássica, não é possível determinar a posição e o momento linear de uma partícula. Os físicos afirmam que não é a insuficiência dos aparelhos que levam a essa indeterminação; por mais sofisticados que sejam os aparelhos, a incerteza é inexorável. Concluiu-se, assim, que a natureza não permite trabalhar com certezas, mas com probabilidades; os fatos dependem do observador e, pois, são relativos. Se essa relatividade é, hoje, bem palatável no campo das ciências naturais, ainda é problemática no campo da Moral. Venho sustentando que no campo da Moral, nem tudo é relativo. Lembro-me de um diálogo da famosa série “Breaking Bad”, em que um usuário de entorpecentes, Jesse Pinkman, questiona o orientador de um grupo de reabilitação: o orientador, que sempre aceitava como desculpável a conduta dos partícipes do grupo, é convencido de que nem tudo é desculpável, nem tudo é aceitável, nem tudo, enfim, é certo. No campo da Moral — felizmente para muitos, infelizmente para alguns — há o certo e há o errado. Como eu disse, esta coluna é uma provocação aos juristas: ser jurista, para muitos, é a profissão da relativização da Moral. O positivismo kelseniano consagrou no Direito o relativismo: tudo depende da opinião do agente competente — é o que está literalmente afirmado no Capítulo VIII da Teoria Pura. Filio-me à Escola de Ronald Dworkin, defendendo a existência da “interpretação correta” e, pois, volto-me contra esse entendimento. Ser jurista não é ser um “Profissional do Mal”, em prol da legitimação do moralmente errado. Sempre há um jurista disposto a defender o mal. Na seara do Direito Administrativo, isso é evidente. Darei alguns exemplos. Escolho exemplos que hoje estão superados e faço de propósito, para não ferir suscetibilidades. O §1º do artigo 97 da Constituição de 1969 estabelecia que “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”. Para mim, a regra era clara: a primeira investidura na carreira depende de concurso, as demais não. Logo, a Constituição não

impunha o concurso para a promoção – provimento derivado vertical. Qual foi o entendimento que muitos defenderam? O que estava escrito aí era que a “primeira investidura” num cargo público dependia de concurso, a segunda não. Resultado: concurso público, antes de 1988, tornou-se instituto raro; só era necessário para o primeiro acesso a algum cargo público, ainda que subalterno; a partir da “primeira investidura”, tudo estava liberado, praticamente sem limites. Absurdo? Para muitos juristas nada havia de absurdo. O segundo exemplo é mais recente. Estabelecia o §1º do artigo 100 da Constituição de 1988: “é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo os pagamentos até o final do exercício seguinte”. Pela literalidade, a atualização era imposta quando da inclusão na lei orçamentária, não na data do pagamento. Houve uma época, não tão distante, em que a inflação chegou a mais de 80% ao mês. Recebido o precatório até 01/07, a Administração tem até 31/12 do ano seguinte para realizar o pagamento. Pode, portanto, realizar o pagamento após 18 meses. Fazia sentido realizar o pagamento sem correção monetária? Pois, a Administração o fez. Faça incidir a desvalorização de 80% dezoito vezes sobre um valor “X” e veja o quanto foi depositado. Revoltante? Muitos juristas defenderam, sem qualquer constrangimento, a não incidência da correção monetária. Precisaram ver a redação da Constituição alterada pela Emenda 30/2000: “fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”. Agora sim, só agora, disseram muitos, impõe-se a correção monetária quando da realização do depósito. É o que “agora” está escrito. Apresentei um terceiro exemplo em minha tese de doutoramento. A “permissão” no Direito Administrativo, sustentei, foi um instituto pensado para situações precárias, em que, por força da precariedade, o ato ampliativo de direito pode ser retirado do mundo jurídico a qualquer momento, em decorrência apenas de uma nova opinião do agente competente, ou seja, o ato pode ser revogado, sem gerar direito de indenização ao permissionário. Exemplo clássico: permissão de uso de bem público. Quem aceita a permissão de uso de um imóvel público, sabe que a situação é precária; revogada a permissão, o administrado deve desocupar o imóvel sem qualquer indenização. O que ocorreu no Brasil? Passaram a utilizar a permissão para situações claramente não precárias, houve uma deturpação conceitual. Consagrou-se no Direito brasileiro a “permissão de serviço público”: o permissionário faz investimentos para prestar o serviço e fica sujeito à retomada deste, a qualquer tempo, sem que haja direito à indenização. Hoje, é quase voz unânime na doutrina: a retomada do serviço gera, sim, direito à indenização. Por óbvio, ninguém admite a reversão dos bens não amortizados, sem indenização, mesmo na permissão. A precariedade, ínsita à permissão, é, em suma, bastante descaracterizada na permissão de serviço público. Alguns chamam-na, por isso, de permissão *sui generis*. Percebi que deturpações conceituais são bastante comuns no Direito brasileiro, o que me levou a propor um grupo de pesquisa para estudar essas “contrafações administrativas”. O que me interessa aqui, porém, é enfatizar: muitos juristas, no passado, sem nenhum constrangimento, defenderam que a permissão de serviço público era, sim, precária. O Poder Público outorgava, por exemplo, o serviço de transporte coletivo ao particular; este adquiria dezenas de ônibus, contratava dezenas de empregados, dispendia uma boa quantidade de recursos. O que diziam muitos? Se o Administrador Público quisesse, pode revogar a permissão a qualquer momento, sem indenizar o permissionário. Todos os prejuízos são risco de negócio, pois o permissionário é ciente, desde o início, da precariedade de sua situação jurídica. É fácil imaginar o que esse entendimento jurídico legitimou na prática administrativa brasileira... O que dirão os administrativistas? Não há certo e errado... há diferentes pontos de vista, diferentes interpretações. Como eu disse: o jurista é profissional encarregado de legitimar certas posições. Friedrich Nietzsche,

coerentemente, afirmou que “um direito é um privilégio” (O Anticristo, LVII). “A desigualdade dos direitos é a primeira condição para existência dos direitos” (Idem). Aos juristas, segundo essa concepção, cabe legitimar a opressão e o exercício do poder. É uma concepção muito próxima de uma leitura marxista do Direito: a ordem vigente assenta-se numa aberrante situação de desigualdade e opressão; o Direito é um poderoso instrumento de manutenção dessa situação. Direito, dirão Nietzsche e Marx, existe para que o poderoso continue poderoso, para que a opressão continue oprimindo, para que o mal continue “fazendo o mal”. Indago: será que essa concepção do Direito é a única possível? Ferdinand Lassalle foi textual: a Constituição que não reflita, pura e simplesmente, os fatores reais do poder, não passa de uma folha de papel (A Essência da Constituição). Difícil negar-lhe razão. O §3º do artigo 192 da CF/88 estabelecia: “as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”. Por que todos os banqueiros no Brasil não estão presos? Porque os juristas disseram que a norma não era autoaplicável, era “programática”, e, portanto, enquanto não editada a lei, nada impedia juros muito acima de 12% ao ano. Acredito que mesmo o mais cínico dos juristas se sentia incomodado perante a literalidade da Constituição. Problema resolvido: a Emenda 40/2003 revogou o dispositivo. Todo brasileiro que tem ou teve um cartão de crédito sabe que a norma era um sonho distante, mera folha de papel... Kornad Hesse redigiu uma resposta a Lassalle: a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (A Força Normativa da Constituição). Os textos normativos não são totalmente ineficazes frente aos fatores reais de poder. A Constituição tem uma eficácia própria, modificadora da realidade. O Direito tem o poder de modificar o poder. Sonho? O que ocorreu na área do Direito de Família deu-se num ritmo muito mais acelerado do que permitiriam certos círculos de poder na sociedade brasileira. A família tornou-se, juridicamente, um instituto de realização da personalidade; ficou no passado o momento histórico em que a Lei da União Estável foi chamada, por importante jornalista, de “lei piranha”. O texto normativo mudou a realidade... Vou terminar este texto com uma provocação. Como anda a educação e a saúde no Brasil? Muitos brasileiros lidam com ela como quem vê uma criança jogada no logradouro público, no meio do frio e da sujeira. Passam pela criança e fazem que não a vê. A situação é grave, é calamitosa... Como professor universitário eu constato isso com tristeza — e sem hipocrisia — a educação no Brasil é uma tragédia de graves proporções. É cada vez mais comum deparar-me com universitários minimamente familiarizados com o vernáculo. Anualmente, as Universidades despejam no mercado de trabalho centenas, senão milhares, de analfabetos funcionais. Ora, se esse cenário ocorre nas Universidades, é fácil imaginar a qualidade no ensino fundamental e médio. O cenário — para quem não é hipócrita ou alienado — é desesperador. Sobre a saúde, dispense-me de qualquer comentário: deixo para o leitor verificar, por si, a situação real do sistema público de saúde. Aliás, não compete ao jurista descrever o mundo do ser, compete-lhe descrever o mundo do dever-ser. Por isso, por um lado, afirmo que a educação e a saúde públicas no Brasil são uma tragédia, por outro deixo sub censura essa afirmação. Imputo ao leitor confirmar, por si, o acerto ou a falsidade dela. Independente da confirmação do leitor, porém, lembro-me de uma proposta de solução para o problema, dada num congresso de Direito Administrativo no Paraná. Trata-se da sugestão de uma emenda constitucional que imponha a todos os detentores de cargo de poder, como Presidente da República, Senadores, Deputados, Governadores etc., a obrigatoriedade, desde a posse, juntamente com seus familiares, de se utilizarem dos serviços públicos de saúde e educação. A ideia é simples: quer ser Chefe do

Executivo ou Parlamentar? Se assumir o cargo, você, seus filhos e sua esposa só poderão frequentar escolas públicas e hospitais públicos. Constatado que o governante ou seus familiares utilizaram-se de saúde e educação privadas, configurar-se-ia improbidade administrativa, com a imediata perda do cargo público. Bingo... certamente em pouquíssimo tempo estaria resolvido o problema da educação e da saúde no Brasil. Teríamos educação e saúde de qualidade, para todos e sem reserva do possível... Minha provocação, contudo, não consiste na divulgação dessa antiga proposta. Ela vai além... O que se propôs naquele Congresso foi a edição de uma emenda constitucional. A proposta foi de *lege ferenda* e não de *lege lata*. Do ponto de vista científico, na seara da Dogmática Jurídica, propostas de *lege ferenda* são impertinentes. Interessa ao jurista a compreensão do direito posto: a identificação das normas vigentes, sua inteligência e sua validade. Qualquer trabalho de Direito que se afaste dessa temática, não é trabalho de Dogmática Jurídica. Alteração do direito vigente é tema de ciências sociais, de ciência da administração, não de direito. Em suma: a proposta apresentada não era uma proposta de Direito Administrativo, mas uma proposta política; pedia-se a alteração da Constituição por meio de Reforma Constitucional, a edição de uma emenda. Propostas de *lege lata*, ao revés, dizem respeito ao direito vigente; são inerentes à Dogmática Jurídica; não propõem a alteração do Direito, mas a alteração da compreensão do Direito. Quem faz proposta de *lege lata* faz proposta de direito administrativo, civil, penal, constitucional. Dito isso, faço minha provocação: não me parece necessária emenda constitucional, basta a compreensão correta da Constituição vigente. Há, na leitura global do texto, um dever constitucional implícito: todos os governantes têm o dever de utilizar serviços públicos de educação e saúde. Minha proposta gera um ônus argumentativo. Vou enfrentá-lo. É moral que um governante — que tem o dever constitucional de destinar à população em geral serviços de educação e saúde de qualidade — recuse-se a utilizar esses serviços? Aos filhos dos pobres, as escolas públicas; aos meus... outras escolas, de melhor qualidade. Aos pobres, hospitais públicos... para mim e meus familiares... outros hospitais, de melhor qualidade. A recusa da utilização do serviço público pelo governante é o reconhecimento por parte dele de que o serviço é ruim. Como ele tem o dever de proporcionar um serviço de ótima qualidade, trata-se da assunção explícita da omissão governamental. Parece-me evidente: a conduta é atentatória à moralidade administrativa. Logo, da correta leitura do Texto Constitucional extrai-se um dever constitucional implícito de que todo governante só utilize, para si e sua família, serviços públicos de educação e saúde. Eis uma significativa diferença entre constitucionalistas e neoconstitucionalistas. Os primeiros são mais dependentes do texto normativo expresso e, pois, da vontade da maioria parlamentar. Numa perspectiva neoconstitucional, que pressupõe uma íntima vinculação entre o Direito e a Moral, normas implícitas são mais facilmente visualizadas. Se um constitucionalista e positivista reduz a moralidade administrativa a algo quase inútil, um neoconstitucionalista e não positivista extrai dela uma ampla gama de comandos normativos. Para os primeiros, o Direito restringe-se à literalidade dos textos constitucionais e legislativos expressos. Para o neoconstitucionalista, os textos expressos são, valendo-me da metáfora de Friedrich Müller, apenas a ponta do iceberg. Não há, pois, necessidade de emenda. Ao exigir a emenda, a proposta ficou no terreno da retórica: como quem edita a emenda são os parlamentares, sua edição é, sociologicamente, impossível. Não depende dos parlamentares... depende dos juristas. Está no campo da interpretação, e não da política. Quando um governante se utilizar, para si ou para sua família, de uma escola ou hospital privado, cabe aos juristas provocar o Judiciário. Cabe ao Magistrado, quando provocado, condenar o governante pela imoralidade administrativa. Não tenho dúvida alguma: basta uma simples interpretação para o Direito modificar radicalmente a realidade. Muitos dos juristas que lerão esta

coluna negarão que essa proposta é de lege lata . Dirão que a interpretação preconizada viola o texto literal expresso, não encontra arrimo na letra da Constituição. Muitos dirão que ela ofende a liberdade dos governantes. Ofende mais ainda a liberdade dos familiares dos governantes. Haverá até aqueles que a considerem atentatória da dignidade dos governantes e de seus familiares. Dito isso, concluo: a hermenêutica jurídica pode servir ao poderoso ou ao oprimido, pode ser um instrumento para o bem ou para mal, pode buscar a manutenção das situações de injustiça ou a eliminação delas. Como eu disse, este texto é uma provocação: jurista, afinal, de que lado você está?

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

MARTINS, Ricardo Marcondes. Jurista, de que lado você está?. Direito do Estado — Colunistas, 17 jun. 2016. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em:

<https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta>. Acesso em: 12 ago. 2026.

APA 7ª edição

Martins, R. M. (2016, June 17). Jurista, de que lado você está?. *Direito do Estado — Colunistas*.

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

MARTINS, Ricardo Marcondes. 2016. "Jurista, de que lado você está?." *Direito do Estado — Colunistas*, June 17. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta>

BibTeX

```
@article{ricardo-marcondes-martins-jurista-de-que-lado-voc-est-2016,
author = {Martins, Ricardo Marcondes},
title = {Jurista, de que lado você está?},
journal = {Direito do Estado — Colunistas},
year = {2016},
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta},
urldate = {2016-06-17}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/jurista-de-que-lado-voce-esta>

PDF gerado em 2026-08-12 00:15 UTC