

Medida provisória e segurança jurídica

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

O tema em debate encontra seu fundamento maior na instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, no raio dos interesses subjetivos, coletivos e difusos, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, conforme atesta a promessa preambular da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nossa Lei Suprema apregoa que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, sendo os Poderes da União, Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, e que *todo poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos constitucionais (CF, arts. 1º, I a V, parágrafo único e 2º), destacando, entre os direitos e garantias fundamentais, o de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (CF, art. 5º, II), na consagração do princípio maior da *segurança jurídica* a todos que habitam neste País.

No Estado de Direito, a Lei somente é válida quando é produzida pelo Poder competente, nos termos da Constituição, sendo da *competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa, em face da atribuição normativa dos outros*

Poderes (CF, art. 49, XI), enquanto ao *Poder Judiciário*, por meio de ação direta ou da via incidental, cabe exercer o controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público (CF, arts. 102, I, *a* e parágrafo 2º, 103, *caput* e parágrafos 2º e 4º, e 97 e 102, III, alíneas *a*, *b*, *c*), para segurança de todos nós.

No entanto, o povo brasileiro, num gesto extremo de confiança e fidelidade aos postulados democráticos, que a Constituição cidadã, de 5 de outubro de 1988, consagrara, excepcionalmente, *em caso de relevância e urgência*, outorgara poderes ao Presidente da República para adotar *medidas provisórias*, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias, sendo que tais medidas perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei, no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes (CF, art. 62 e respectivo parágrafo único).

Resulta, assim, do comando constitucional, em referência, que, na edição de medida provisória, o Sr. Presidente da República não está autorizado a exercer poder legiferante absoluto, mas, antes, há de atender aos *requisitos cumulativos de relevância e urgência*, a fim de legitimar a adoção dessa medida, cabendo ao Congresso Nacional (CF, art. 49, XI) e aos órgãos do Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, observar a obediência a tais requisitos.

O Poder Legislativo, no Brasil, não deve olvidar, no exercício pleno de sua função constitucional, que “a utilização da medida provisória, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordina-se, em seu processo de conversão legislativa, à vontade soberana do Congresso Nacional” (STF. Pleno. ADIN nº 293-7-DF. Medida liminar. Relator: Ministro Celso de Mello. (DJU, p. 6429, 16 abr. 1993).

Medida Provisória, no regime presidencialista do Brasil, é *ato do Príncipe*, em caráter excepcional e que só possui validade jurídica quando, em seu uso constitucionalmente mitigado, recebe a pronta acolhida do povo, por meio de seus representantes no Congresso. Indiscutivelmente, medida provisória não é lei (*is not law*), mas *lex in fieri*, a legitimar-se no ordenamento jurídico, pelo Congresso Nacional,

se observadas as exigências do referido art. 62 e respectivo parágrafo único da Lei fundamental.

Há de ver-se, ainda, que o prazo legal de validade das medidas provisórias, excepcionalmente autorizadas na Constituição Federal, é improrrogável e fatal. Tais medidas não sobrevivem no mundo jurídico além de trinta dias. Inexiste outorga constitucional para serem reeditadas.

A “convalidação” ou prorrogação no tempo de medidas provisórias caducas (com mais de 30 dias) atenta, em suas sucessivas reedições, contra a norma regular de urgência (45 dias), que nossa Lei Fundamental reservou à apreciação de projetos de lei de iniciativa do Presidente da República perante as Casas do Congresso Nacional (CF, art. 64, §§ 1º e 2º), afirmando-se a garantia do *due process of law*.

Medida provisória, além dos trinta dias constitucionais, não tem validade jurídica, perdendo sua eficácia *ex tunc*. Reeditá-la é abuso, que a nossa Constituição repudia, ao estabelecer regime de urgência para projetos de lei de iniciativa presidencial, naquelas matérias de sua especial competência.

A propósito da questão em foco, manifestou-se o Ministro Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal, nestas letras:

“(…) Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em conseqüência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu. A edição de Medida Provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei. A rejeição parlamentar da medida provisória, ou de seu projeto de conversão, além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante conseqüência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República

renovar esse ato quase legislativo, de natureza cautelar. Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada” (STF. Pleno. ADIN nº 293- 7- DF. *Medida Liminar. DJU*, p. 6.429, 16 abr. 1993).

Contrariando, porém, os comandos constitucionais que limitam o poder normativo das medidas provisórias, o Sr. Presidente da República vem cometendo excessivo abuso na edição e reedição dessas medidas, ante a omissão agressora do Congresso Nacional, no ponto, como se vê dos dados estatísticos seguintes: “De 5 de outubro de 1988 a 24 de março de 1995 foram editadas 955 medidas provisórias, numa média de 12,4 medidas provisórias por mês, contra 2.481 decretos-leis editados sob o regime autoritário (outubro/69 a setembro/88), numa média de 10,9 por mês” (*Jornal do Advogado*, n. 203, p. 9, 1995).

Em pesquisa publicada no Correio Brasileiro, em 28 de janeiro do ano corrente, sob o título “Legislativo de aluguel”, ficou registrado que, na gestão do atual Executivo, entre edições e reedições, foram lançadas 1.610 medidas provisórias, sendo que, nesses últimos três anos, o governo lançou uma medida provisória (nova e reeditada) a cada 30 horas, observando os redatores da matéria que “a maioria parlamentar que o Presidente Fernando Henrique Cardoso constituiu no Congresso Nacional, ao longo de seus três anos de governo, provocou uma inversão de papéis nos poderes da República”.

Olvidou-se, pelo visto, o Sr. Presidente da República, da acertada reflexão que fizera sobre o abuso na edição de medidas provisórias, ainda enquanto Senador da República, nesta fala:

“O Executivo abusa da paciência e da inteligência do país, quando insiste em editar medidas provisórias sob o pretexto de que, sem sua vigência imediata, o Plano (econômico Collor) vai por água abaixo, e, com ele, o combate à inflação. Com esse ou com pretextos semelhantes, o governo afoga o Congresso numa enxurrada de ‘medidas provisórias’. O resultado é lamentável: a Câmara e o Senado nada mais fazem que apreciá-las aos borbotões.

É certo porém que, seja qual for o mecanismo, ou o Congresso põe ponto final no reiterado desrespeito a si próprio e à Constituição, ou então é melhor reconhecer que no País só existe um Poder de verdade, o do Presidente. E daí por diante esqueçamos também de falar em democracia.”

* Texto do então Senador Fernando Henrique Cardoso, do artigo *Constituição e Prepotência*, citado pela ilustre administrativista Prof^a Carmem Lúcia Antunes Rocha, publicado pelo Correio Brasileiro de 7.7.97.

Em veemente manifesto ao povo e à nação, com data de 28 de abril de 1997, os eminentes subprocuradores-gerais da República, órgãos de cúpula do Ministério Público, conscientes de lhes incumbir a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (CF, art. 127), pronunciaram-se nestes termos:

“1º) constitui invasão à independência e harmonia dos Poderes (CF, art. 2º) assenhorear-se o Executivo da função legislativa, reeditando indefinidamente medidas provisórias que já haviam perdido a eficácia pela sua não-conversão em lei no prazo de trinta dias (CF, art. 62 e par. único) – resultando num caos legislativo que atropela o Poder Judiciário, alvo ainda de desprezo pelas críticas a seus julgamentos e de medidas restritivas a seu livre exercício; 2º) são injustos os chamados reajustes estruturais mediante reformas que só atingem a sacrificada massa do povo, mantidos os privilégios de castas como o preço que se tem de pagar pela democracia (às avessas!) – quer achatando os salários a pretexto de salvaguardar o plano de estabilidade financeira, quer promovendo ou ameaçando demissões dos funcionários públicos –, agravando ainda mais o imenso desemprego, que já afeta a classe trabalhadora, numa insensibilidade aos problemas sociais daí decorrentes. Se o Estado tem como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho (CF, art. 1º, IV), cabe-lhe proporcionar condições indispensáveis à sobrevivência. A receita de um regime econômico que organismos internacionais tentam implantar nos países do terceiro mundo tem transformado a Constituição-cidadã num subproduto da economia, desmantelando o próprio arcabouço do Estado; 3º) agride a

soberania nacional, em sua integridade e independência, entregar à cobiça privada ou estrangeira a exploração de nosso subsolo ou da plataforma oceânica, o controle de nosso espaço aéreo e a incomensurável devastação de nossa mata amazônica. A privatização de nossas riquezas minerais estratégicas e ecológicas – baluarte da independência econômica e altivez do país perante as demais Nações – não pode implicar a alienação daquelas (seja de que forma), ilegítima sua imposição de cima, ninguém individualmente sendo dono do País, eis que a soberania – conceito absoluto que não admite restrições – emana do povo e em seu nome é exercida (CF, art. 1º, par. único); 4º) constituem crimes de responsabilidade os atos que atentem contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público (CF, art. 85, II). Por isso são absolutamente inaceitáveis os projetos de lei que amesquinham este último e transformam o livre exercício de suas funções institucionais (CF, art. 129), tipificando-se em crimes de abuso de autoridade: pois é através de suas garantias (CF, art. 128, § 5º, I) – que não são privilégios! –, consagradas multissecularmente, que são protegidos os direitos do cidadão.”

O regime de exceção, que a normativa abusiva das medidas provisórias implantou no Brasil, dispondo o Sr. Presidente da República, com força despótica, sobre todas as matérias de sua competência privativa (CF, art. 61, § 1º, incisos I e II e respectivas alíneas *a* e *e*; art. 84, incisos I a XXVII) e sobre a competência dos demais órgãos e Poderes da União (CF, arts. 22, I a XXIX; 48, I a XIV; 49, I a XVII, e 61, *caput*), não tem respaldo constitucional, nem encontra abrigo na geografia globalizante dos povos livres.

Os diversos atentados cometidos na edição abusiva de medidas provisórias, tais como a de nº 1.570/97, de 26-03-97, que se convertera na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, na linha de abusos de tantas outras que compõem o Estado de exceção, nos dias atuais, e, especialmente, aqueles atos atentatórios ao livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, bem assim ao exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, com reflexos negativos

no cumprimento das decisões judiciais e na segurança interna do País (CF, art. 85, *caput*, incisos II, III, IV e VII), tipificam, em tese, crime de responsabilidade do Sr. Presidente da República, passível de julgamento, com decretação de *impeachment*, pelo Senado Federal, se admitida a acusação por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 86, *caput*, § 1º, II), sujeitando-se à perda do cargo em processo político-administrativo das Casas Congressuais.

O princípio da *responsabilidade dos governantes*, nos governos democráticos, fora adotado, desse modo, pela Constituição da República Federativa do Brasil, em termos expressos (CF, art. 85 e 86).

A redação, para o segundo turno, com recente aprovação em primeiro turno, no Senado Federal, da Proposta de Emenda à Constituição nº 1, de 1995, visando alterar os arts. 48, 62 e 84 da Constituição Federal, outorga ainda amplos poderes ao Sr. Presidente da República para legislar por medidas provisórias sobre matéria da competência privativa, comum e concorrente da União (CF, arts. 22, I a XXIX; 23, I a XII, e 24, I a XVI), sem ressalvas dos princípios sensíveis e cláusulas de eternidade, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais, quase sempre violentados pela ação normativa e nocivamente duradoura das medidas provisórias do Poder central.

Ademais, com a malsinada Proposta, as medidas provisórias poderão vigorar por um prazo de até seis meses, a contar de sua publicação, somando-se a esse prazo o período de recesso das atividades do Congresso Nacional (art. 62, § 11).

Consagra-se, por último, na aludida Proposta, a impunidade presidencial, por abusos cometidos, por meio das medidas provisórias publicadas até a data da promulgação da referida Emenda, *avalizando-se tais abusos* até deliberação do Congresso Nacional ou revogação pelo Presidente da República, autor e responsável por essa normatividade anômala e espúria (art. 2º), a configurar-se, dessa forma, a perpetuação do abuso normativo ao alvedrio dos Poderes coniventes.

Submete-se, assim, a Constituição da República, no rolo compressor das forças governistas, a perigosa cirurgia, que certamente deixará seqüelas aniquiladoras da aspiração popular de construir o tão sonhado Estado Democrático de Direito e de Justiça, para todos os cidadãos, que só pensamos no Brasil.

Nesse propósito, o discurso autorizado do Ministro Celso de Mello, no julgamento de questão liminar na ADIn nº 293-7/DF, já mencionada, já recomenda o respeito e a obediência aos ditames constitucionais, nestes termos:

“Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos tribunais, especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidas. Ao STF incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.”

No Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional assume proeminência, apresentando-se como garantia maior dos cidadãos a

“existência de órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestem entre as pessoas e o Estado”¹.

A atividade de resolver conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado moderno, pois os indivíduos, a quem já não se permite fazer justiça pelas próprias mãos, investiram-se, na ordem jurídica, do direito de ação e de exigir do Estado o dever correlato da Jurisdição.

O direito público-subjetivo de ação, que identificou os estudos de Enrico Túlio Liebman e que aparece, nas lições de Eduardo Juan Couture, como a espécie mais expressiva do amplo direito de petição aos poderes públicos, apresentou-se, historicamente, desde a Carta Magna de 1215, como exercício de liberdade dos homens livres.

¹ SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. Revista dos Tribunais, p. 84.

O Poder Judiciário, no Estado moderno, não se adstringe, tão-só, ao conjunto de autoridades, que se investem no poder de julgar, aos órgãos do Poder Público, a que se comete a atribuição de administrar a justiça, a uma corporação de juízes, com a missão precípua de aplicar as leis e declarar direitos, vigiando a execução dessas leis, para a reparação das relações jurídicas, que se tenham violado, mas integram, também, o Poder Judiciário, em sentido lato, os representantes do Ministério Público e os membros legítimos da Advocacia, por serem indispensáveis à administração da Justiça, incumbindo-lhes a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, individuais, difusos ou coletivos.

O advogado, o defensor ou Promotor Público se apresentam perante o jurisdicionado como os primeiros juízes das causas que lhes são entregues para soluções de justiça.

Na função do juiz, traçado pelo Ministro José Néri da Silveira, do Colégio Supremo Tribunal Federal, em palestra proferida na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, em 6-12-91, deverão perfilar-se advogados e defensores públicos guiados por estes dizeres:

“O Direito, para servir à sociedade, não pode ficar na pura abstração, mas deve existir no conviver humano, ser companheiro da vida, assistindo e protegendo, promovendo o convívio harmônico e a segurança nas relações sociais. O Juiz, desse modo, há de estar atento aos fatos, ao tempo em que vive, não lhe bastando o conhecimento da técnica de Direito, para que se resolvam adequadamente os conflitos e se avance, de maneira segura e equilibrada, em direção ao que deve ser. Válido é, no particular, afirmar-se que, em princípio, o que se procura, no processo, é a vida, nas suas múltiplas manifestações. E o juiz tem que penetrar na parte noturna do ser, nas suas manifestações de rebeldia, na sua variada manifestação: no crime, na fraude civil, no desamor, no ódio. Em princípio, em cada processo, há problemas humanos, e não apenas problemas de técnica jurídica. Não é possível, destarte, admitir-se que ao juiz caiba, predominantemente, a tarefa de especulação abstrata ou a simples exegese do direito constituído. Se não lhe é possível a criação livre do direito, para o caso concreto, partindo o juiz, nas decisões, ou de meras ideologias ou

concepções pessoais sobre a sociedade ou o homem, ou curvando-se ao império das emoções no subjetivismo de seus julgamentos, não lhe compete, também, perder-se em puras divagações doutrinárias alheias às realidades da vida. Desse modo, o conhecimento do mundo, de par com uma profunda seriedade moral, a presença do humano e do social, à luz de seu tempo, o amor ao saber e à verdade, a inflexibilidade na defesa do valor da Justiça, não podem estar ausentes da vida do juiz. Cumpre-lhe, pois, pelo estudo e a reflexão, tecer suas construções, a partir da descoberta de elementos existentes na intimidade do ordenamento jurídico, com base nos quais encontra, dentro do possível e enquanto cabível, a prudente solução às transformações sociais necessárias e, por vezes, indiscutivelmente, desejadas. Nisso está uma das mais significativas atividades dos juízes na busca do bem comum, que não se compreende, nem se pode realizar, sem Justiça².

Esse perfil de magistratura há de incorporar-se em todos aqueles que, de alguma forma legítima, atuam na administração da Justiça.

Já não se concebe o Juiz como um Prometeu acorrentado ao cipoal de leis e códigos, que, por aí, proliferam, feito o espectro antevisto por Montesquieu, como a boca que pronuncia as palavras das leis, sem poder moderar-lhes a força e o rigor, ou, ainda, como aquele ser imaginado por Eliézer Rosa, frio, triste e só, sem nenhum poder criador, qual novo e estranho Adão, vagando fora do Éden, em cuja porta está um anjo armado, que o impede de por ela entrar e ver suas belezas, havendo de escolher a Barrabás e ignorar a Cristo, porque a multidão assim o quer, sem nada poder fazer contra a vontade simbólica do povo, refletida na lei positiva, que exprime a vontade coletiva e o sentimento nacional, a que temos de obedecer.

Na Administração da Justiça, já não se admite o advogado mercador de interesses, fazendo de sua profissão um meio egoístico de ganhar a vida, com malabarismo e audaciosas interpretações,

“onde o cinismo triunfa da lógica, a mentira subjuga os fatos, as provas escondem a verdade, os documentos batem falso, as testemunhas perjuram e a

sentença do Juiz é o produto de um estelionato intelectual, obtido através de um processo conduzido de má mente por advogados sem escrúpulos³”.

Creio na Justiça feita por homens de sólida formação moral, que se nutrem de um sentimento comum de nacionalidade, de amor a seu povo e ao Direito, que sabem encontrar, mesmo além do texto frio da lei, os caminhos da Paz.

Creio em um Poder Judiciário que edifica, em sua moralidade, sabedoria e independência de seus membros, na distribuição da Justiça.

Nesse propósito, afiguram-se-me oportunos, aqui, os comentários de João Barbalho sobre o Poder Judiciário, na primeira Constituição Republicana do Brasil, nestas letras:

“A magistratura que agora se instala no País, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso, cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo, consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.

É a vontade absoluta das Assembléias Legislativas, que se extinguem, nas sociedades modernas, como se não extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo.

A função do liberalismo, no passado, diz um eminente pensador inglês, foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo, na época atual, é opor um limite ao poder ilimitado dos Parlamentos.

Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.

² SILVEIRA, José Néri da. A função do juiz. *Correio Braziliense*, 3 fev. 1992. Direito & Justiça.

³ ROSA, Eliezer. *Novo Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1986. p. 44.

Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua autoridade, para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão⁴”.

Nenhum Estado moderno poderá ser democrático se não confiar, de direito e de fato, ao Poder Judiciário a garantia dos direitos.

Observa o publicista Dalmo de Abreu Dallari que

“É por esse motivo que as Constituições modernas introduzem no seu texto uma declaração de direitos e, para que esses direitos sejam efetivados, incluem, também, remédios excepcionais, que são as garantias constitucionais de direitos. (...) Mas se é através de medidas judiciais que se pretende garantir os direitos, é evidente que, antes de mais nada, deve ser garantido o pleno funcionamento do Poder Judiciário, tanto de sua organização direta quanto dos organismos indispensáveis à sua atuação⁵”.

Nesse contexto, agrava a crise do Judiciário a tentativa de golpe à figura do Juiz natural, com a proposta de adoção, pelo alto Pretório, do *incidente de inconstitucionalidade*, abrangendo a argüição de relevância da questão constitucional, a insolente advocatória e o efeito vinculante das decisões daquela Corte, em matéria constitucional, visando implodir a independência dos magistrados brasileiros perante a Constituição, que juraram cumprir.

O malsinado *incidente de inconstitucionalidade*, que ainda consta do substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional n° 96/92, já fora levado à apreciação do Senado Federal, sem sucesso, na redação da Emenda n° 2- PLEN, de 29 de janeiro de 1997, nestas letras:

⁴ CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Comentários à Constituição federal brasileira*. 1902. p. 322.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do Direito*. J. Buschatsky, p. 322.

“Suscitada, em determinado processo, *questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal*, incluídos os anteriores à Constituição, em caso de controvérsia relevante entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no *caput* do art. 103, poderá processar o incidente e *determinar a suspensão do processo*, a fim de proferir *decisão com efeito vinculante*, exclusivamente sobre a matéria constitucional” (Grifo nosso)

Como se vê, o prefalado incidente exuma os cadáveres normativos da ditadura militar, sob a rubrica, agora, da *argüição de relevância da questão constitucional* (o que era, na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988, *argüição de relevância da questão federal*) e da insolente *Advocatória*, determinando-se a *paralisação dos processos nas instâncias de origem, até que o Supremo Tribunal Federal decida, com efeito vinculante*, a “relevante” matéria constitucional.

A exacerbada concentração de Poder na Cúpula do Judiciário, como pretende o infeliz incidente de inconstitucionalidade, aniquila a figura do Juiz natural no controle difuso de constitucionalidade, abandonando a Justiça na mira arbitrária dos Príncipes, que se presumem os únicos representantes da soberania do povo e, por isso, aptos a abusarem do poder, para concretização do flagelo e da ruína dos valores democráticos.

Nesse passo, parece-nos acertada a posição defendida pelo atual Presidente da Suprema Corte na fala de que

“a Magistratura não pode anular-se como poder político e nem deixar-se subjugar pelos que pretendem impor-lhe o vínculo da dominação institucional, convertendo e degradando o Poder Judiciário à condição de instância desqualificada de submissão, reduzida, de maneira inaceitável, em seu disponível grau de independência e liberdade. (...) que a reforma do Poder Judiciário, embora essencial e indispensável, não pode conduzir à criação de mecanismos que busquem, a partir de formulações interpretativas subordinantes, fixadas por órgãos que se

situam na cúpula da estrutura judiciária, imobilizar o poder inovador da jurisprudência, gerando, a partir de verdadeira hermenêutica de submissão, uma grave interdição ao direito de o magistrado refletir de maneira crítica e de decidir em regime de liberdade, segundo convicções fundadas em exegese criteriosa do sistema normativo e com observância responsável dos limites fixados pelo ordenamento positivo⁶.

A visão desse retrocesso histórico mereceu o firme repúdio dos Juízes Federais, que se reuniram em seu VII Encontro Nacional, no Estado do Rio Grande do Sul, e escrevemos, por unanimidade, a Carta de Canela, nestes termos:

“Os Juízes Federais, reunidos no VII Encontro Nacional, manifestam-se contrários à reedição da AVOCATÓRIA, lembrando que esse instituto processual não se coaduna com o momento histórico em que vivemos. Várias instituições oficiais, com o restabelecimento das liberdades democráticas, foram conquistando o apoio e a confiança da população, sendo que, no caso do Judiciário, passou ele a ser o último reduto em que o povo deposita suas esperanças.

A Constituição de 1988, absolutamente primorosa quanto a direitos e garantias fundamentais e coletivos, não comporta emenda que, ainda por via transversa, vise a suprir a garantia do Juiz Natural, aquele a quem, de imediato, é entregue a causa e está mais próximo do jurisdicionado.

Pelos mesmos motivos, manifestam os Juízes Federais do Brasil o seu repúdio ao projeto de lei, que limita a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público, por seu conteúdo contrário ao exercício da cidadania e seus direitos, como o livre acesso ao Judiciário, em flagrante inconstitucionalidade.

Os Juízes Federais, preocupados com tais iniciativas, conclamam os parlamentares e a sociedade para a repulsa a essas pretensões, vez que entendem não haver mais espaço político para tais atentados à nossa vocação democrática, neste momento em que o projeto é construir uma

sociedade justa, democrática e participativa⁷. (CANELA, RS, 14 a 17 de novembro de 1991).

Essa é a voz de um Judiciário independente, confiante e confiável, na lúcida compreensão de seu compromisso constitucional de servir a Pátria, com destemor, no exercício diuturno de suas funções.

Vem de ser atual, aqui, a advertência de Pimenta Bueno, nos idos de 1857, nesta fala:

“Tirai a independência ao Poder Judiciário e vós lhes tirareis sua grandeza, sua força moral, sua dignidade; não tereis mais magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder (...) Não é pois no amor, ou no interesse dos Juízes, que o princípio vital de sua independência deva ser observado como um dogma, é sim, por amor dos grandes interesses sociais⁸”.

Noutra passagem de seus respeitáveis ensinamentos, acentua:

“Desde que o poder judicial é independente, é conseqüente que as causas tenham seu curso regular e suas decisões definitivas sejam respeitadas, que firmem os direitos e não possam ser postas de novo em dúvida⁹”.

O Judiciário assegura os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, por meio da garantia constitucional do *due process of law*.

Não há garantia jurídica fora do devido processo legal, sendo defeso ao Juiz inventar o processo, que, no Estado de Direito, o povo lhe outorga, por meio de seus representantes, no Parlamento, como instrumento vinculante e cogente de realização de direitos.

Com efeito, observa Frederico Marques que “o direito ao processo só se realiza quando o Estado põe em movimento seu mecanismo judiciário, através do devido processo legal. Se fosse legítimo qualquer processo, aquele direito seria fórmula vã e iníqua, sem sentido e vazia¹⁰”.

⁷ LIMA, Sebastião de Oliveira. *Revista Ajufe*, n. 31, p.6-7, dez. 1991.

⁸ BUENO, Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Senado Federal, 1978. p. 324.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MARQUES, José Fraderico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1966. p. 342.

⁶ MELLO, Celso de. *Conferência pronunciada na abertura do Fórum Nacional de Debates do Poder Judiciário*. Brasília, junho de 1997.

A nossa Constituição Federal de 1988, bastante rica em sua declaração de direitos, quando assegura a todos – brasileiros e estrangeiros residentes no País – a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, estabelece, entre outras garantias, as de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II); que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV); que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI) e, ainda, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º LIV), garantindo, também, expressamente, “que não haverá Juízo ou Tribunal de Exceção” (art. 5º, XXXVII) neste País.

Para efetivar essas garantias-direitos, a nossa Lei Fundamental assegura a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, a), instrumentalizando, de logo, em sua auto-aplicabilidade protetora (art. 5º, § 1º), os remédios salutareos do *habeas-corpus*, do *habeas-data*, dos mandados de segurança individual e coletivo, do mandado de injunção, da ação popular, da ação civil pública e das ações coletivas, que visam à molecularização da tutela jurisdicional, evitando-se à pulverização dos litígios.

Na lição do renomado Eduardo Couture, esse direito de petição, quando é exercido perante o Poder Legislativo, tem perdido boa parte de sua eficácia, por força do sistema parlamentar-representativo, e tem debilitada sua importância, perante o Executivo, em razão de não existir uma lei regulamentadora que criasse um dever correlativo de apreciação por parte do poder administrador executivo. Sua significação, contudo, perante o Poder Judiciário, tem crescido consideravelmente no curso do tempo.

Enquanto, perante os outros poderes, configura somente uma relação entre o particular e a autoridade, ante o Poder Judiciário, o *jus actionis* envolve um terceiro, que se vê, assim, ainda que contra sua vontade, vinculado à petição.

A existência de uma lei regulamentadora, como é a lei processual, de caráter instrumental e cogente, e o dever jurídico de decidir a controvérsia, que foi sempre o correlativo de parte do poder público, foram, durante longo

tempo, as notas dominantes do ato jurisdicional. A existência dessa mesma lei regulamentadora e da sentença judicial, como ato de pronunciamento do poder público, foram, provavelmente, as razões decisivas para que a ação civil tivesse, historicamente, uma força muito maior que a simples petição, perante os poderes Legislativo e Executivo.

Quando o princípio da divisão de poderes, arquitetado por Montesquieu e já preconizado por Aristóteles, na Grécia, começou a desenvolver-se, o direito de petição se desdobrou e assumiu características específicas, perante cada um desses poderes.

No processo moderno, o dever de pronunciamento, por parte do Juiz, é de tal forma rigoroso, ante o exercício do direito de ação, como espécie do direito constitucional de petição, que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial.

O conceito de jurisdição como poder é insuficiente, porque a jurisdição há de ser sempre um poder-dever. Com a faculdade de julgar, o juiz tem o dever de fazê-lo, não se eximindo de sentenciar ou despachar, sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-a aplicar as normas legais, e, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (CPC, art. 126).

Jurisdição, sem dúvida, é função pública realizada por órgãos competentes do Estado, sob as formas da lei, em virtude da qual, por ato do Juiz, determina-se o direito das partes, resolvendo seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, passível de execução.

O direito de petição, quando se instrumentaliza perante o Judiciário, sob a forma de ação, adquire maiores garantias a seu titular, mediante o instituto da coisa julgada, que, em sua configuração formal e material, nossa lei processual civil define como sendo a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC, art. 467).

Goldschmidt, citando passagem da obra *Decadência do Ocidente*, de Oswald Spengler, assinala que “se os romanos criaram uma estática jurídica, nossa missão consiste em criar uma dinâmica jurídica” e acrescenta, com inegável saber, que “a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença

judicial nunca poderá ser prevista com segurança¹¹”, no que arremata Ovídio Batista que

“realmente, só existe jurisdição enquanto há incerteza para as partes a respeito do conteúdo da futura sentença, que haverá de dizer qual delas merece a proteção estatal, por ser titular do interesse protegido pela ordem jurídica, posto em causa. Toda sentença implica juízo e decisão, o que significa sempre a possibilidade de que o julgador decida-se por desconhecer e negar a uma das partes do direito que a esta lhe parecia evidente e indiscutível. Perante o processo, não pode haver nada evidente e indiscutível, uma vez que a previsibilidade absoluta e matemática do futuro resultado contido na sentença eliminaria, por si só, o próprio julgamento, que implica, quanto à pessoa do julgador, num decidir-se entre duas alternativas possíveis¹²”.

Com razão, pois, o notável Eduardo Couture, quando afirma que, entre a autoridade da coisa julgada e a efetiva vigência do direito, há uma relação de meio e fim. A coisa julgada se concebe como meio de desfazer a incerteza do direito e como forma de fazê-lo coativo, nos casos de resistência ou omissão de seu cumprimento.

A coisa julgada e sua eventual coercibilidade são inerentes à jurisdição. O caráter de irreversibilidade que dá a autoridade da coisa julgada às decisões judiciais não aparece em nenhum dos outros modos de atuação do poder público.

A maior garantia do Estado democrático de direito reside no instituto da coisa julgada, que se reserva, tão-somente, ao Judiciário, para segurança jurídica de todos, no exercício da cidadania.

O objeto próprio da jurisdição é a coisa julgada, que se realiza somente por meio da garantia fundamental do devido processo legal.

A idéia de jurisdição, como a de processo, é essencialmente teleológica, porque ambos só existem para lograr um fim, que é assegurar a efetividade do direito¹³.

Gustav Radbruch observa que

¹¹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil* - Traducción de la 2. ed. alemana... Barcelona : Labor, 1936. p. 66.

¹² SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de processo civil. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1987. v.1, p. 14-15.

¹³ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del*

“se Huizinga disse, em seu excelente livro *En las sombras del mañana*, que da necessidade de segurança brota tudo o que se chama direito, podemos nos valer desse pensamento, para afirmar que da necessidade de segurança jurídica surge tudo o que se chama direito positivo. (...) Bem comum, justiça e segurança jurídica exercem condomínio sobre o direito, não a partir de uma harmonia sem tensões, senão, ao contrário, em relação de tensão viva¹⁴”.

Já na primavera de 1782, em célebre conferência proferida em Viena, Rudolf Von Ihering assim apregoava:

“O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.

Por isso a Justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito e na outra a espada de que se serve para o defender.

A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.

Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.

O direito é um trabalho incessante não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira¹⁵”.

A segurança, portanto, de que todos precisamos há de ser buscada no Estado democrático de direito por meio do devido processo legal. Só usaremos o direito da força para garantir a força do Direito, indispensável ao exercício livre e responsável das atividades públicas e das cidadanias.

A República Federativa do Brasil pretende constituir-se em Estado Democrático de Direito, onde o respeito à lei e à Constituição se traduz na segurança de todos.

Na lição de Flóscolo da Nóbrega,

“a segurança significa, de uma parte, a estabilidade, a permanência das relações

Derecho Procesal Civil. 3. ed. póstuma. Depalma, 1988, p. 40-44.

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho*. Buenos Aires : Traducción de Aníbal del Campo. Depalma, 1980. p. 119.

¹⁵ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1972. p. 21-22.

sociais e, de outra, a certeza, a garantia de que essas relações serão em qualquer caso mantidas, respeitadas por todos. A vida social não seria possível se as normas que a disciplinam pudessem ser alteradas a cada momento, ou não fossem observadas, acatadas por todos; se assim fosse, ninguém teria garantias, todos estariam desamparados, inseguros, sem a confiança de poder viver em paz e tranqüilidade. A segurança é, assim, praticamente, a base da Justiça. Um regime social em que haja segurança, em que haja ordem, estabilidade nessa ordem e certeza de que será respeitada e mantida, será por isso só um regime justo. O fim do Direito é realizar esse regime, conseguir o máximo possível de segurança, eliminando o máximo possível de arbitrariedade, de anarquia, de incerteza e instabilidade¹⁶”.

O Direito se apresenta, assim, no mundo da cultura, como o instrumento próprio da segurança jurídica, assegurando a governantes e governados seus direitos e deveres recíprocos, para tornar viável a vida social.

A segurança jurídica se expressa, hoje, praticamente, na previsibilidade da atuação estatal, partindo a doutrina moderna do conceito de paz jurídica para a compreensão de que a segurança jurídica requer confiabilidade, certeza e interdição da arbitrariedade no Estado de Direito.

Na visão de Héctor Villegas, sob o aspecto objetivo, o princípio fundamental da segurança jurídica se revela nas garantias que a sociedade assegura às pessoas, bens e direitos. Essas garantias devem ser estáveis e quanto a elas não pode haver imprevistos.

“A previsibilidade da atuação estatal é um magno desígnio que resulta de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais, integrantes do núcleo do sistema constitucional. O legislador e, com maior razão, o administrador, não deve surpreender o povo. No sentido subjetivo, a segurança jurídica consiste na convicção que tem a pessoa de que está isenta de perigos, danos e males. Sabe a que segurar-se e está dominada por um sentimento de confiança. Esse

sentimento é o que a permite projetar o futuro, trabalhar e progredir. Para que isto ocorra, deve partir-se de uma constituição que, sendo legítima e autêntica, contenha as regras básicas da convivência, traduzidas como direitos e deveres fundamentais. Somente assim, o cidadão terá um guia seguro que lhe mostrará, claramente, o que pode, o que não pode e o que deve fazer. Ninguém poderá sentir medo ante a invocação de direitos e obrigações que resultem incertos, obscuros e indeterminados. Isto fará que cada um saiba, precisamente, o que pode exigir dos demais e o que pode ser-lhe exigido. O cidadão passará a gozar um desejável estado de paz jurídica, se esse sistema desenhado pela Constituição desenvolver-se de forma tal que haja regras igualmente aplicáveis para todos, que os direitos adquiridos sejam respeitados e que toda arbitrariedade seja excluída pelos Tribunais¹⁷”.

Nas palavras, ainda, de Hector Villegas, encontra-se a lição oportuna de que

“a segurança jurídica unicamente funcionará de maneira eficiente, ali, onde a jurisdição se exerça por meio de uma magistratura imparcial, nos limites das instituições que consagrem a independência absoluta do Poder Judiciário, garantida por postulados objetivamente estabelecidos e religiosamente observados”.

Na República Argentina se ouve, com frequência, a teoria segundo a qual a Justiça deve acompanhar a política econômica do Executivo. Para atingir esse objetivo, tanto nos regimes civis quanto nos militares, procurou-se formar uma Corte Suprema majoritariamente vinculada ao governo. Isso permitiu que, nos últimos cinquenta anos, trocara-se oito vezes a composição da Corte Suprema Nacional.

Isso em nada favorece a segurança jurídica. O que a Constituição quer é que a função jurisdicional seja independente dos poderes políticos, com o objetivo de afiançar a Justiça, como diz o Preâmbulo da Constituição.

Expressa Jorge Gentile que construir uma Justiça independente é um propósito a que os argentinos não podem renunciar e que haverão

¹⁶ NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Sugestões Literárias, 1981. p. 74.

¹⁷ VILLEGAS, Hector B. Princípio de seguridad jurídica en la creación Y aplicación del tributo : el contenido de la seguridad jurídica. *Revista de Direito Tributário*, n. 66, p. 15, 1996?

de conseguir apesar da disparatada *teoria do acompanhamento político*, e, em tal sentido, assinala esse autor que já estão aparecendo exemplos reconfortantes no mundo, citando, em especial, o caso da Itália¹⁸”.

Existe, indubitavelmente, no mundo capitalista deste final de século, uma orquestração negativa contra ação do Poder Judiciário, visando a descredenciá-lo perante a sociedade global.

Penso ser incompatível o ideário do capitalismo neoliberal (adotado, inclusive, pelo atual Governo brasileiro), de cunho essencialmente materialista, com os objetivos institucionalmente humanitários do Poder Judiciário, neste final de século. O neoliberalismo é selvagem e cruel, gerador de desigualdades sociais, visando somente ao lucro e ao acúmulo de riquezas materiais. Apresenta-se, em seu furor egoísta, frio e insensível ao drama humano. Não tem sentimento nem sensibilidade para cultivar o amor nas relações humanas. O Poder Judiciário

tem por ideal distribuir a Justiça a todos, salvando o homem de seus conflitos, na restituição da paz. A Justiça transcende a matéria e cria no ser humano uma perspectiva escatológica de realização infinita sem discriminar ou excluir pessoas. A Justiça, animada pelo princípio universal da igualdade, condena o *apartheid* global, regional e local entre ricos e pobres, pois deseja que a riqueza seja servida a todas as pessoas, na proporção social de suas necessidades vitais.

Levanta-se, assim, no limiar do terceiro milênio, uma orquestração maligna dos detentores do poder do capital contra a ação salvadora do Poder Judiciário, institucional, que não acolhe as maquinações da “Besta do Apocalipse” e não aceita comungar da hóstia de Satanás. Creio que a Justiça há de libertar o homem das forças negativas do capitalismo neoliberal, para que a riqueza seja distribuída igualmente a todos, na comunhão da paz.

¹⁸ *Ibidem*.