

A EMENDA DO JUDICIÁRIO - “QUEM GARANTIRÁ AS GARANTIAS?”

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá e Juiz Titular da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal

“Os governos investem contra a justiça, provocam e desrespeitam a tribunais; mas, por mais que lhes espumem contra as sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfrentam com dignidade e firmeza.” RUI

I. INTRODUÇÃO

Apresentado o relatório e o substitutivo da relatora da proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992¹, Deputada **Zulaiê Cobra**, abriu-se a toda a sociedade nova oportunidade para refletir sobre o futuro do Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, conforme salientado pela ilustre parlamentar em seu relatório, a Comissão Especial constituída para estudar a necessidade e a viabilidade de reformas constitucionais sobre a estrutura do Poder Judiciário tomou o cuidado de realizar diversas audiências públicas, contando com a presença de inúmeros juristas de escol, bem como de representantes das mais variadas entidades ligadas ao meio jurídico. Todavia, ainda há muito o que se pensar sobre o tema, tal sua magnitude para a preservação de nosso ainda incipiente e apenas formal Estado Democrático de Direito².

¹ Registre-se que já foram apreciados pela Comissão Especial cerca de noventa destaques ao substitutivo, isto até a data da conclusão deste trabalho.

² Confira-se o excelente artigo de **Celso Antônio Bandeira de Mello** - A democracia e suas dificuldades contemporâneas - *in RDA* nº 212. Ali, o mestre tece argutas observações para desenhar aqueles Estados por ele denominados de apenas formalmente democráticos, em contraste com aqueles substancialmente democráticos.

Fúria e paixão nunca foram bons conselheiros.

É bom que se tenha em mente o clima conturbado sob o qual se desenvolveram os trabalhos da Comissão Especial. De um lado a CPI do Poder Judiciário, verdadeiro palco para toda sorte de estrelismo parlamentar, onde a todo tempo expunham-se ao público as pontuais mazelas do Poder Judiciário. Na outra ponta, uma crise institucional sem precedentes na história brasileira, cujo recente desabafo do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro **Carlos Mário Velloso**, sobre os ataques sofridos pela Corte Maior, bem ilustra: “*Eu não vi, nem no regime militar, manifestações tão agressivas. Nem no regime militar*”³. Para não falar da própria crise econômica, a impor aos técnicos do governo federal a procura de soluções, nem sempre compatíveis com a ordem constitucional vigente, colocando em choque os Poderes Judiciário e Executivo com espantosa frequência.

O presente trabalho tem por escopo meditar precipuamente acerca da nova redação sugerida ao inciso III do artigo 95 da Constituição Federal e do novo dispositivo proposto pela relatora, a alterar a redação original do mesmo artigo, e que, se aprovado, corresponderá ao inciso VI, do parágrafo primeiro do aludido artigo 95.

II. PANORAMA DAS SUGESTÕES CONTIDAS NO SUBSTITUTIVO DA RELATORA

Nem bem tornou público a relatora seu parecer e o respectivo substitutivo e, utilizando-se de prerrogativa regimental, a pretexto de melhorar a sugestão de emenda anteriormente apresentada, já oferece a ilustrada Deputada **Zulaiê Cobra** uma ‘Complementação de Voto’, alterando topicamente seu substitutivo.

De fato, como noticiado pela relatora, as modificações foram resultantes do acolhimento das sugestões de seus pares da Comissão Especial, após veementes manifestações em cerrados debates. Por aí bem se podem antever as calorosas discussões sobre o tema que tomarão conta do meio jurídico daqui em diante.

Permitimo-nos assinalar, tecendo brevíssimas considerações, o que mais nos impressionou no substitutivo oferecido, com ênfase no Poder Judiciário.

³. Jornal *O Globo* de 13 de outubro de 1999 - 2ª Edição - p. 3.

Com efeito, algumas alterações propostas chegam a trazer algum alento, é o caso, por exemplo, da nova redação sugerida ao inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, *verbis*:

“Art.5º- ...

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, destinando-se o provimento judicial a suprir a norma para o interessado, no âmbito do pedido;”

Deveras, a doutrina é unânime em dizer que a interpretação tímida dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção findou por fazer letra morta deste verdadeiro remédio constitucional⁴. Se aprovada a nova redação do dispositivo ficará afastada qualquer dúvida quanto ao seu real alcance, delineado desde a época dos debates na Assembléia Nacional Constituinte, como nos dá notícia o professor **José Afonso da Silva**, no seu **Curso de Direito Constitucional**, 9ª edição, 2ª tiragem, Malheiros, nota 65, p. 395/396, *verbis*: “*Foi esta sempre a preocupação do constituinte: aparelhar meios para a eficácia imediata das normas constitucionais. A elaboração constituinte do mandado de injunção seguiu sempre esse rumo...*”. E não se argumente quanto à impossibilidade de alteração deste quilate de dispositivo inserido no artigo 5º da Lei Maior. Afinal, ao revés de tender a abolir uma garantia constitucional, esta proposta de emenda estaria, sim, dando-lhe real efetividade, afastando a possibilidade da interpretação anteriormente fixada pelo STF.

Bem intencionada, também, a sugestão do novo inciso LXXVIII a ser acrescido ao artigo 5º da Lei Maior. De fato, nenhum mal existe em se explicitar constitucionalmente direitos fundamentais, ainda quando estes já estejam consagrados em Tratado Internacional ratificado pelo Brasil, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica - integrado ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 678, de 06.11.92 - e que, no item 1 de

⁴ Neste sentido, anotem-se as palavras do eminente **José Afonso da Silva**, *in Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, 2ª tiragem, Malheiros, p. 395/396: “*Não foi esta lamentavelmente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que vem dando ao instituto a função de uma ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão. Com o que praticamente o tornara sem sentido ou, pelo menos, muitíssimo esvaziado*”.

seu artigo 8º assegura que “*toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável,...*”. Destarte, andou bem a relatora na redação do novo dispositivo sugerido, **verbis**:

“Art. 5º -

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Digna de louvor, do mesmo modo, a proposta contida no artigo 3º do Substitutivo: supressão da competência do STJ para apreciar a intervenção federal. Realmente, como expresso pela relatora em seu relatório “*a natureza federativa do conflito*” estaria por si só a justificar tal alteração. Sendo certo que nada há que impossibilite tal alteração constitucional.

Outrossim, o novo parágrafo que se pretende acrescentar ao artigo 37 da Lei Maior, em tudo se conforma com o princípio republicano do mérito - sistema meritocrático - que já se encontra muito bem delineado nos incisos II e IV do mesmo artigo. Anote-se a redação com a complementação do voto da relatora, e após a discussão e aprovação dos destaques oferecidos até a data de conclusão deste ensaio, consoante o Anexo III:

“Art. 37 -

parágrafo 11 - Para os cargos em comissão é vedada a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, ou por adoção, de membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos, em seus respectivos órgãos de atuação, salvo se o nomeado for titular, nos mesmos órgãos de atuação, de cargo efetivo que exija nível de formação compatível com a função ou cargo comissionado.”

Sobre tal dispositivo, antecipando-nos àqueles que criticam o excesso de detalhes que nossos legisladores constituintes costumam introduzir nas nossas cartas constitucionais (principalmente em relação à Constituição de 1988), vale a pena refletirmos sobre as palavras do sempre lembrado mestre **Seabra Fagundes**, citadas por **Luís Roberto Barroso** em recente ensaio

sobre os dez anos da Constituição de 1988⁵: “*no Brasil é preciso dizer tudo tintim por tintim, senão não se cumpre*”.

Outro ponto que mereceu nossos aplausos, ainda que fugazes, lamentavelmente não logrou alçar vôos mais altos. Referimo-nos à inovação de fixação de uma idade mínima para o ingresso na magistratura. É que a proposta original da relatora pela fixação do limite em 25 anos de idade foi suprimida por unanimidade, consoante o Destaque nº 247. Com efeito, pensamos que a idade mínima proposta de vinte e cinco anos seria até mesmo ainda muito baixa, se comparada com a idade mínima, por exemplo, do ingresso na magistratura na Inglaterra ou Estados Unidos. Quanto ao juiz inglês, por exemplo, noticiou o eminente professor **Leonardo Greco**, em aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, que, sendo cargo ocupado pelos advogados mais experientes, a média de idade giraria em torno de cinqüenta anos. O ilustrado professor **Reis Friede**, de seu turno, em artigo publicado no *Jornal do Commercio*, de 01.02.99, sob o título *Creche da Mediocridade*, fez contundentes críticas ao excesso de juízes brasileiros de tenra idade. De fato, inarredável do inconsciente coletivo é a imagem do juiz maduro e experiente. Afinal, forte na lembrança das célebres palavras de **Alexander Hamilton**⁶, um dos pais da Constituição norte-americana, não tendo o Judiciário nenhum controle sobre a espada ou a bolsa, só lhe restaria o peso moral e intelectual de seus julgamentos, ou seja, a credibilidade de suas decisões. Ora, tal credibilidade torna-se tão mais evidente na medida em que as decisões judiciais emanem não apenas de juízes cultos, eruditos, e honestos, mas também de magistrados experientes; salientando-se que essa experiência não se adquire apenas nas bibliotecas ou nas lides forenses, mas também na dura forja da vida. Ainda há tempo, esperamos, para reavivar a discussão.

De resto, as demais propostas, de uma maneira geral, ou são indiferentes, na medida em que não alteram substancialmente nada, ou, ao revés,

⁵ **BARROSO**, Luís Roberto. **Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)**, in **RDA** nº 214.

⁶ Anotem-se as seguintes palavras de **Hamilton**, *verbis*: “*O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O Judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento...*”. in **Os Artigos Federalistas**, tradução de Maria Luiza Borges, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1993, p. 479.

primam por se dirigirem contra a independência do Poder Judiciário, diminuindo suas funções, fragilizando-o perante os demais poderes, bem como aviltando a dignidade de seus membros, em flagrante desrespeito aos incisos III e IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Lei Maior.

Confira-se, por exemplo, a nova redação proposta para o inciso I do artigo 95.

“Art. 95-

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após três anos de exercício, observado o disposto no art. 93, IV, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado ou de decisão do Conselho Nacional de Justiça;” (grifos nossos)

Para não falar da própria instituição do Conselho Nacional de Justiça e suas atribuições que, a um só tempo, atentam contra a independência e a autonomia dos Tribunais em geral, é de se cuidar para o fato de que uma decisão administrativa - pelo que dá a entender a redação do dispositivo - coloca-se em pé de igualdade a uma sentença judicial transitada em julgado, fragilizando o magistrado e diminuindo sua independência, na medida em que lhe furta o dispositivo proposto a garantia do processo judicial para a perda de seu cargo.

Execrável, à falta de outro qualificativo, a redação proposta para o parágrafo 1º do artigo 100, contida na complementação de voto da relatora.

Verbis:

“Art. 100 -

parágrafo 1º - É obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária à quitação integral dos débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento em até no máximo vinte e quatro parcelas mensais, iguais e sucessivas, sendo a primeira em 30 de janeiro do exercício seguinte, atualizados até a data do efetivo depósito em pagamento nos autos, consoante os valores fornecidos pelo juízo da execução e comunicados à entidade devedora pelo Presidente do respectivo tribunal.”

Trata-se, como salta aos olhos, de proposição para constitucionalização do “calote”. Não bastassem todas as prerrogativas processuais do Poder Público em detrimento do particular, não fossem suficientes as atuais dificuldades do sistema de precatórios judiciais, e propõe-se, agora, que seus pagamentos sejam parcelados! Tantas foram, nos últimos tempos, as arbitrariedades sofridas pelo cidadão, e corrigidas a duras e longas penas pelo Poder Judiciário (Planos Collor I e II, planos tal e qual, planos isto e aquilo), que não podemos sequer imaginar que, ao fim de uma longa demanda judicial contra qualquer ente estatal, além de ter o administrado que esperar sua inclusão na lista de precatórios, ainda irá ter que receber o que de fato era seu, de forma parcelada...

Do mesmo modo, custou-nos acreditar na tentativa de aumento de números de membros do Supremo Tribunal Federal, constante do relatório originário da relatora. Anoto que o intento foi rejeitado pelo Destaque nº 281. Confira-se a redação então proposta pela eminente relatora para o artigo 101 da Lei Maior.

“Art. 101 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de doze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”
(grifos nossos)

Pensamos que seria de fato impossível, em nosso sistema constitucional, a alteração do número de membros do Supremo Tribunal Federal. Atentaria flagrantemente a um só tempo contra os incisos III e IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Com efeito, o número de seus membros só poderia ser alterado se a proposta partisse do próprio STF (art. 60, § 4º, inc. III). Além do que, o último guardião dos direitos fundamentais, em nosso sistema, é a Corte Suprema (art. 60, parágrafo 4º, inc. IV).

Sobre a impossibilidade do aumento do número de membros do Excelso Pretório, sob a égide da Constituição de 1891, declarando a superioridade da técnica do constituinte brasileiro sobre o norte-americano, vale a pena anotar a clássica lição de **Rui**, para afastar de vez qualquer tentativa de ressuscitar o tema:

“Em contraste, porém, com estas duas medidas tutelares, duas portas deixou abertas a Constituição Americana ao arbítrio do

Congresso Nacional contra a independência da judicatura federal, entregando à discricção do Poder Legislativo o fixar o número dos membros ao Tribunal Supremo, bem como os casos de apelação das justiças inferiores para esse Tribunal...Exercidas com parcimônia nos Estados Unidos, onde a opinião pública atua constantemente com a sua fiscalização moralizadora nos atos do poder, essas duas faculdades, se a Constituição brasileira as adotasse, teriam aniquilado, aqui, a justiça federal, inutilizando-a no desempenho da mais necessária parte de sua missão, no encargo de servir de escudo contra as demasias do Governo e do Congresso...Toda a vez que o Supremo Tribunal adotasse uma decisão contrária às exigências, aos atentados, ou aos interesses de uma situação política, seus potentados, suas maiorias, uma lei, votada entre a sentença e os embargos, e executada incontinenti com as nomeações necessárias, aumentando o número aos membros daquela magistratura, operaria a reconsideração do julgado.”⁷ (grifos nossos)

Por derradeiro, encerrando este tópico de breves notas sobre o relatório da proposta de emenda e suas alterações junto à comissão especial instituída para tal fim, vale consignar que mesmo não tendo a deputada relatora inserido no texto originário de seu relatório a adoção das polêmicas súmulas vinculantes, por intermédio do Destaque sem número ao relatório parcial, do deputado **Luiz Antônio Fleury**, estas voltaram à ordem do dia. Trata-se de tema dos mais controvertidos, contando com ilustres opositores de um lado - v.g. o ex-Ministro **Evandro Lins e Silva**, último remanescente da antiga formação do STF que primeiramente adotou a elaboração das chamadas súmulas, mas que não possuíam, à época, o denominado efeito vinculante - e na outra trincheira, defendendo a sua instituição - apenas para citar componentes da Corte Maior, os Ministros **Carlos Velloso** e **Sepúlveda Pertence**. O assunto, a toda evidência, não comporta rápidas palavras. Merece, com efeito, um outro estudo particularizado. Tememos apenas que as instituições do país não estejam suficientemente maduras para a adoção das chamadas súmulas vinculantes. Nossa história, por si só, justifica tal temor. Com efeito, a ciência médica aponta casos em que um remédio mal administrado, em doses excessivas, venha a matar o paciente...

⁷ **BARBOSA**, Ruy, **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, Corrigidos e Ordenados por Homero Pires, volume IV, Livraria Acadêmica, p.8/9.

III. DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS QUE CONTRARIEM CLAÚSULAS PÉTREAS

Dignas de nota as sóbrias palavras do eminente professor **Paulo Bonavides**, *verbis*:

“A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como produto lógico e absoluto, válido para todas as sociedades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição...A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises.”⁸.

De fato, com a elegância de sempre, averba o professor **Michel Temer** que *“as constituições se pretendem eternas, mas não imodificáveis...”*⁹. Sendo assim, nada mais natural que se façam alterações nas Cartas Constitucionais, visando a aperfeiçoá-las, ou mesmo adequá-las a novos tempos, sempre que a tarefa interpretativa dos tribunais constitucionais, por si só, não seja suficiente para cumprir tais misteres¹⁰. Isto não quer dizer, pensamos, que seja louvável o que se tem feito com a atual Constituição brasileira, alterada a todo momento ao talante dos governantes, pelos motivos mais débeis. Entendemos certas as observações de **Ferdinand Lassale**¹¹, quando

⁸ **BONAVIDES**, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 7ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 173/174.

⁹ **TEMER**, Michel, **Elementos de Direito Constitucional**, 12ª edição, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 34.

¹⁰ **A. L. GOODHART**, apresentando a excelente obra **Direito Constitucional Americano** de **Bernard Schwartz**, demonstra a importância das decisões da Suprema Corte norte-americana para a manutenção da atualidade da Constituição dos Estados Unidos. Anotem-se suas palavras: *“Para compreender tal Constituição é, portanto, necessário estudar a sua história e, em particular, o seu desenvolvimento nas decisões da Corte Suprema, porque, como disse o falecido Juiz Jackson, o sistema americano é, em grande parte, governo pela ação judicial”*.

¹¹ São de **LASSALE** estas observações: *“Por isso, não protestamos quando as leis são modificadas, pois notamos, e estamos cientes disso, que é esta a missão normal e natural dos governos...Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’”*. E mais adiante arremata o pensador: *“...no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”*.

afirmava ser de senso comum que as normas constitucionais não poderiam ser modificadas com a mesma freqüência das leis infraconstitucionais.

Todavia, já que este processo intenso e amplo de modificação da Lei Maior parece ser irreversível, como aliás já salientado em trabalho anterior de nossa lavra, resta-nos observar e ressaltar os limites dessa reforma. Além de fixar a possibilidade de controle da legitimidade das alterações constitucionais que se desenvolvem.

Para os fins de nosso estudo, basta a fixação das limitações materiais ao poder de reforma.

São limitações materiais ao poder de reforma da Constituição de 1988 aquelas contidas no parágrafo 4º de seu artigo 60. São elas: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. São as denominadas cláusulas pétreas.

Há no Brasil, assim como no exterior, forte doutrina rebelando-se contra a eficácia jurídica das limitações materiais de reforma da Constituição. Vale citar, entre nós, a autorizada posição do ilustrado professor **Manuel Gonçalves Ferreira Filho**¹², que tem como um de seus principais argumentos no fato de que não teria sido a Constituição de 1988 fruto de manifestação constituinte originária. Todavia, preferimos a posição daqueles que entendem eficaz tal espécie de limitação. Com efeito, pensamos ser incorreta, d.m.v., a afirmação feita pelo citado professor paulista de que a Constituição de 1988 seria fruto de manifestação constituinte derivada, em conseqüência do permissivo contido na Emenda Constitucional nº 26/85¹³. Muito ao revés, ainda que o Congresso Nacional de então tenha-se convocado em Assembléia Constituinte, o certo é que a volta à estabilidade institucional, o fim de um longo período ditatorial, e a retomada de uma democracia, tudo isto cristalizado na Carta de 1988, por sua evidente e fenomenal importância, só pode ser considerado como uma das mais magníficas manifestações do Poder Constituinte originário do povo brasileiro, resultado de lutas políticas internas e externas, conseqüência, até, do muito sangue derramado no período de exceção. Ou seja, mudou completamente o fundamento e o titular

¹² Confira-se a posição do eminente jurista em seu clássico **O Poder Constituinte**, principalmente o capítulo intitulado *Significação e Autoridade das "Cláusulas Pétreas"*.

¹³ Confira-se a afirmativa de **Manuel Gonçalves Ferreira Filho**, *verbis*: "Nem de sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro Poder Constituinte".

da manifestação Constituinte: saiu das mãos dos militares para as mãos do povo. Aliás, nesta mesma linha de entendimento, digna de ser anotada a precisa lição de **Michel Temer**. *Verbis*:

“É preciso buscar o fundamento fático do novo texto. Por exemplo, a Constituição de 18.9.46 emanou de Assembléia Constituinte. Nesta encontrava ela a sua origem. A partir de abril de 1964 continuou a vigorar. Já agora, porém, fundada em manifestação de novo grupo constituinte que editou em 9.4.64 ato institucional que teve ‘força’ suficiente para dizer: ‘São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato’ (art. 1º)”¹⁴.

De outro lado, é certo que todas as chamadas cláusulas pétreas da Constituição de 1988 devem ser tomadas como garantias das garantias, ou, para usar expressão de **Paulo Bonavides**, verdadeiras “*garantias qualificadas ou de primeiro grau*”, tal a importância destas no próprio sistema constitucional. Sem intenção de contrariar a clássica distinção feita por **Rui** entre direitos e garantias, poder-se-ia chamá-las de “*direitos-garantias*”, apenas para colocar em relevo a importância destas em relação ao próprio indivíduo, ao cidadão.

Veja-se, por exemplo, a forma federativa de Estado. Esta deve ser “lida” como uma garantia de tratamento isonômico conferida ao **brasileiro**. Em outras palavras, não importa o estado de origem, ou a cidade de origem do indivíduo, para fins de aplicação do princípio federativo; o que importa é a sua nacionalidade brasileira, a ser respeitada em todo o território nacional. Assim, um cearense é tão brasileiro quando migra para o Estado de São Paulo, como um paulista; ou um carioca é tão brasileiro - e por isso tem assegurados os mesmos direitos e garantias constitucionais - como um gaúcho, não importando onde ambos estejam residindo, se no Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul, ou no Mato Grosso. A tutela do voto direto, secreto, universal e periódico - típico direito fundamental de primeira geração - de seu turno, é inequivocamente um princípio assegurador da cidadania! Do mesmo modo, o princípio da separação dos Poderes, que remonta ao pensamento de **Locke** e **Montesquieu**¹⁵, pode e deve ser considerado como uma garantia do admi-

¹⁴. *Ob. Cit.*, p. 33, nota nº 6.

¹⁵. Sobre a teoria dos poderes do Estado, confirmam-se as lições de **Marcello Caetano**, *in Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 1996.

nistrado perante o Estado. Afinal, em especial foi a teoria de **Montesquieu** engendradora exatamente para opor-se à concentração de poderes nas mãos do soberano absoluto. Já quanto à última das chamadas cláusulas pétreas, a que trata da irreducibilidade dos direitos e garantias individuais, não se pode duvidar de seu alcance sobre os direitos fundamentais como um todo, até mesmo por conta da redação do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei Maior.

De tudo o que se disse sobre a natureza intrínseca das cláusulas pétreas contidas na Constituição de 1988, ou seja, de que elas são as garantias fundamentais por excelência, voltadas que são não apenas para a manutenção da estrutura do Estado, mas principalmente para a própria efetividade dos direitos fundamentais, para arrematar nosso raciocínio, permitimo-nos recorrer ao pensamento do idealizador da Teoria do Poder Constituinte, **Emmanuel Joseph Sieyès**, o Abade **Sieyès**, em sua obra **Que é o Terceiro Estado**. Afirmou **Sieyès** expressamente: “*A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo, sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei; antes dela e acima dela somente existe o direito natural*” (grifos nossos).

Ora, se considerarmos os chamados direitos fundamentais de hoje como a moderna edição dos direitos naturais de outrora, e se recorrermos à Teoria do Poder Constituinte, chegaremos à conclusão de que toda a mutação constitucional deve observar, necessariamente, as cláusulas pétreas da Carta de 1988, na medida em que, como demonstrado acima, são dispositivos asseguradores de direitos fundamentais (naturais) do indivíduo! Seria dizer, com **Sieyès**, que o Poder Constituinte tudo pode, pois é a origem de tudo, mas que antes dele e acima dele somente existem os direitos fundamentais.

Por tudo o que se disse, filiamo-nos ao seguro pensamento de **Paulo Bonavides**, de que “*...o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe contra a ordem constitucional*”. Por certo, a subversão e infidelidade aludidas por **Bonavides** são tanto maiores na medida em que a agressão se faz aos “*direitos-garantias*” consubstanciados nas denominadas cláusulas pétreas, limites materiais por excelência para qualquer reforma do texto constitucional vigente.

Assim é que, havendo agressão direta ou indireta de emenda constitucional a qualquer dispositivo contido no parágrafo 4º do artigo 60 da

Constituição de 1988, e sendo eles, como demonstrado, verdadeiros “*direitos-garantias*” fundamentais, abre-se a via de controle ao Poder Judiciário. Este, como derradeiro Poder de defesa dos direitos fundamentais do cidadão, irá manifestar-se sobre a compatibilidade do texto alterador da constituição, manifestação do poder constituinte derivado, com o texto originário, manifestação do poder constituinte originário.

É o que diz com clareza o constitucionalista **José Afonso da Silva**, *verbis*:

*“Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias”*¹⁶.

De fato, mais de uma vez foi intentado o controle de constitucionalidade de emenda constitucional, sob o argumento de contrariedade de cláusulas pétreas, já sob a égide da Carta de 1988. De seu turno, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se reiteradamente ressaltando para si tal mister.

IV. DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Analisada a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, principalmente daquelas que, ainda que indiretamente, agridam os “*direitos-garantias*” insculpidos no parágrafo 4º do art. 60 da Lei Maior, resta-nos apreciar, ainda que singelamente, a relevante questão da hermenêutica e aplicação dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Política.

Norberto Bobbio, em frase lapidar por muitos repetida, assevera que “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”¹⁷. Frisa **Bobbio**, logo a seguir, que se está diante de uma questão política e não filosófica, como criam os jusnaturalistas. E continua: “*Não se trata de saber quais e quantos são esses*

¹⁶ Ob. cit., p. 62/63.

¹⁷ **BOBBIO**, Norberto, **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 9ª Edição, p. 24.

*direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”*¹⁸.

De fato, como bem salientado pelo eminente pensador italiano, na realidade do mundo contemporâneo, quando os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e até de quarta geração, já estão consagrados em textos internacionais solenes, bem como em muitas constituições modernas, a questão maior passa a ser a de garanti-los, ou, em outras palavras, de torná-los efetivos. Daí que a clássica distinção feita pelos constitucionalistas liberais entre direitos e garantias, se certa e precisa à sua época, hoje já não parece tão relevante. Com efeito, não se pode mais pensar em direitos fundamentais sem os meios correspondentes e eficazes para garanti-los. Eis o motivo de acima ter-me referido a direito-garantia, intentando correlacionar um ao outro, de forma inapartável.

Nessa linha de raciocínio, na esteira da preocupação de **Bobbio**, qual seja, de priorizar as garantias sobre os próprios direitos fundamentais, sobressai-se o Poder Judiciário como o meio, o instrumento, a instituição por excelência, capaz de cumprir tal mister de garantidor dos direitos fundamentais. Não se trata apenas de criar garantias para o exercício dos direitos fundamentais e constitucionalizá-las, mas de se ter um Poder estatal, autônomo, independente, e confiável, para manusear os instrumentos e, em última palavra, tornar efetivos os direitos do homem filosoficamente pensados, e solenemente gravados nos textos das declarações universais e nas modernas constituições. De fato, o aludido filósofo italiano mostra que os organismos internacionais que cuidam da preservação dos direitos do homem atuam em três frentes: promoção, controle e garantia dos direitos do homem. Sendo certo que em cada uma dessas frentes, seja influenciando dentro de cada nação, seja atuando externamente mas com o fito de influir dentro de cada país, a preocupação foca-se sempre para o aperfeiçoamento dos controles **jurisdicionais** da efetividade dos direitos do homem¹⁹.

Assim é que o Poder Judiciário, na imensa maioria dos povos civilizados, assume de vez neste fim de século a função de derradeiro guardião

¹⁸. Ob. cit., p.25.

¹⁹. Confira-se neste sentido a obra citada na p. 40/41.

dos direitos fundamentais e não apenas das constituições. Dignas de nota as palavras do eminente professor **Paulo Bonavides**. *Verbis*:

“Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna - separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social... Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto conseqüente derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder”.

Recapitulando.

De tudo o que se disse até aqui, temos que: a) a clássica distinção entre direitos e garantias fundamentais perde muito de seu rigor, e de sua razão de ser mesma, na medida em que a moderna questão que se coloca não é tanto sobre a enumeração dos direitos fundamentais, mas sim de garanti-los. Sendo lícito, pois, utilizar a expressão direitos-garantias fundamentais, para evidenciar este forte liame entre as duas categorias; b) o Poder Judiciário cristaliza de vez sua já tradicional função de protetor dos direitos do homem. Sendo certo que, agora, ao contrário do que ocorria na época do liberalismo, deve-se entender por direitos do homem não apenas os direitos individuais clássicos (de primeira geração), mas também os direitos sociais (de segunda geração) e os direitos de fraternidade e solidariedade (de terceira e quarta geração).

Resta, finalmente, verificar qual o tratamento hermenêutico que, de regra, deve prevalecer no trato da questão dos direitos e garantias fundamentais (e é bom frisar que se trata de regra ordinária, passível de temperamentos, principalmente quando se estiver diante de conflitos entre distintos direitos fundamentais). Aliás, a regra emerge de tudo o que se disse até aqui. Não poderia ser diferente. Com efeito, se o moderno direito constitucional dá ênfase exatamente para a chamada constituição material, para os direitos e garantias fundamentais insculpidos nas Cartas, sempre que o intérprete ou aplicador de normas desta categoria tiver que delas tratar, deverá intentar atingir a amplitude máxima de seu conteúdo. Neste norte, o constituinte de 1988 tratou de conferir aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, consoante se infere da expressa dicção do parágrafo 1º do art. 5º de nossa atual Carta da República.

O eminente constitucionalista luso **Gomes Canotilho**, em seu **Direito Constitucional**, leciona com propriedade que “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*”. E continua: “*É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)*”²⁰ (grifos nossos).

Em arremate: **Direitos e Garantias Fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhas, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações.**

Nesta mesma linha, à vedação de mutabilidade das chamadas cláusulas pétreas insculpidas no parágrafo 4º do art. 60 da Lei Maior, deve o intérprete e aplicador do direito dar amplitude também máxima, de sorte a não permitir que sejam estas diminuídas a qualquer título²¹.

²⁰. CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, 3ª Edição, p. 1149.

²¹. Sobre o tema, vale consultar o excelente ensaio de nosso inolvidável mestre, professor **Francisco Mauro Dias**, intitulado **Estado de direito, direitos humanos (direitos fundamentais), segurança jurídica e reforma do Estado**, in *Revista de Ciências Sociais da Universidade Gama Filho*, Edição Especial sobre Direitos Humanos, de dezembro de 1997, especialmente nas páginas 256/261.

**V. DA SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DOS SUBSÍDIOS DE MAGISTRADO
(PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO AO INCISO III DO ARTIGO 95 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL)**

Confira-se a redação do dispositivo em tela, até agora mantido pela Comissão instituída para elaborar parecer à proposta da chamada Emenda do Poder Judiciário.

“Art. 9º. O art. 95 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 95.....

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, e a suspensão no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei.” (os grifos são nossos)

Como se vê, a proposta visa a inserir no texto constitucional a possibilidade de suspensão do pagamento do subsídio do magistrado, no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei.

Abordemos, primeiramente, o aspecto técnico-processual dos prazos conferidos aos magistrados no exercício da jurisdição. Fiquemos apenas com os prazos insculpidos no Código de Processo Civil, a título de mera exemplificação. Vejamos.

O artigo 189 do Código de Processo Civil determina que o juiz proferrá os despachos de expediente no prazo de dois dias, e as decisões no prazo de dez dias. A conseqüência para o descumprimento, sem justo motivo, está contida no *caput* do art. 133 do mesmo diploma, bem como, observado o devido processo legal na esfera administrativa ou judicial, à imposição de uma das sanções previstas no art. 42 da LOMAN.

Nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, as Varas Federais, por exemplo, não raro, possuem um acervo de mais de 12 mil processos em andamento. Uma Vara Federal considerada exemplar, “enxuta”, possui em torno de 3 mil processos em andamento. Apenas para ficarmos com o aspecto estatístico, valemo-nos de dados apresentados pelo eminente Ministro **Carlos Velloso**, em recente artigo publicado na Revista de Direito Administrativo nº 212, sob o título *Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico; efeito vinculante e outros temas*. Segundo nos informa o eminente professor e magistrado de carreira, em 1996, o STF recebeu 30.706 processos e julgou “apenas” 29.000. Ou seja, ficaram sem julgamento naquele ano de 1996, 1.706 processos. Isto sem falar nos processos ainda remanescentes de

outros anos, que aguardam decisão no Excelso Pretório de ano para ano. No mesmo ensaio doutrinário, o ilustre magistrado nos traz a notícia de que a Justiça Federal de 1º grau recebeu em 1990, 266.000 processos; e em 1995, 641.000 processos. Enquanto isto, a Justiça Estadual comum autuou, em 1990, 3.606.000 processos; em 1992, 4.483.000; e, 1995, 3.562.000.

Parece irônico que, com números verdadeiramente astronômicos como os que foram acima citados, chegue-se a pensar em suspensão de remuneração do magistrado que não tenha cumprido os exíguos prazos processuais referidos pela lei processual. Prevalecendo a irreal alteração proposta, a começar pelos ilustres membros do Excelso Pretório, corre-se o risco de que **todos** os juízes brasileiros fiquem sem receber seus subsídios. Supondo-se, é claro, que a risível pretensão pudesse ser constitucionalizada...

Como falamos no início do presente ensaio, fúria e paixão nunca foram bons conselheiros. A CPI do Poder Judiciário, com seus fulguerosos holofotes, certamente influenciou para a redação do dispositivo proposto. A conclusão é inarredável. De outro lado, demonstrada a sua inviabilidade prática, teme-se como seria feito este controle, e quais seriam os critérios adotados. Isto, é claro, caso fosse possível (e se verá mais adiante que não o é) a adoção da redação proposta no relatório.

Com efeito, tal proposição contraria a um só tempo o princípio da separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais insculpidos na Lei Maior. De sorte que sequer poderia ser objeto de deliberação, a teor do parágrafo 4º do artigo 60 de nossa Carta Política.

Vejamos.

Como dito acima, o Poder Judiciário, em nossa ordem constitucional, cristalizou-se como o derradeiro defensor dos direitos fundamentais. As garantias constitucionais que são asseguradas ao juiz não são privilégios pessoais, mas meios eficazes para assegurar o desempenho tranquilo de sua atividade, em prol da sociedade. Eliminar, ou **mitigar**, garantias constitucionais dos magistrados, a um só tempo, põe em risco não apenas a separação dos Poderes - na medida em que fragiliza os agentes do Poder Judiciário, enquanto não existe regra semelhante em relação aos agentes do Executivo e Legislativo -, mas também, e principalmente, agride os próprios direitos e garantias fundamentais. Afinal, sem um Poder Judiciário forte e independente, perguntava-se **Rui** sob a égide da Constituição de 1891: “**Quem garantirá as garantias?**”

Dignas de lembrança as célebres ponderações de **Hamilton** sobre a remuneração dos juízes: “*Depois da vitaliciedade no cargo, nada pode contribuir mais para a independência dos juízes que uma estipulação definitiva de seus proventos. A observação feita com relação ao presidente aplica-se igualmente aqui. No curso geral da natureza humana, o poder sobre o sustento de um homem equivale ao poder sobre a sua vontade.*”²²

Analisou-se até aqui a proposta quanto aos seus reflexos em relação ao Poder Judiciário, enquanto instituição.

Mas não é só.

Com efeito, se considerada esta em relação aos juízes, tomados estes como cidadãos, seres humanos, titulares de direitos, em especial dos direitos sociais, inarredável, também, é a conclusão de que a proposta contraria cláusula pétrea.

De fato, assim como todas as demais atividades laborativas, também aquela exercida pelos membros do Poder Judiciário, os juízes, deve ser remunerada. Talvez não se tenham apercebido os ilustrados parlamentares membros da Comissão Especial que estuda a reforma do Poder Judiciário que, desde a Lei Áurea, é vedado o trabalho escravo em nosso ordenamento jurídico!

Não conseguimos encontrar outra palavra, a não ser escravidão, para qualificar uma atividade laboral, de cunho profissional, que não tenha uma remuneração pecuniária correspondente. A proposição é, d.m.v., de um absurdo sem precedentes.

Ora, o artigo 7º da Constituição Federal tutela uma série de direitos: são os chamados direitos sociais, usualmente denominados de direitos fundamentais de segunda geração, e que se devem incluir, segundo a melhor hermenêutica constitucional, dentro da proteção da cláusula do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60. Ou seja, os direitos sociais, por força de interpretação teleológica e sistemática da Lei Maior, incluem-se na expressão direitos individuais, daquela cláusula pétrea.

De fato, não há motivo plausível para que se considerem protegidos pela inalterabilidade do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição apenas aqueles direitos denominados individuais, tipicamente de origem liberal. Observe-se que o rol de direitos e garantias expressos no artigo 5º da Lei Maior são meramente exemplificativos, na medida em que o parágrafo 2º do mesmo

²² Ob. cit., p. 485.

artigo 5º trata de ampliar aquele rol para tantos direitos-garantias quantos a principiologia constitucional permitir. Aliás, ratificando o que se acaba de dizer, basta que se confira a redação do novo parágrafo 3º a ser incluído no artigo 5º da Carta da República, proposto pela Relatora da Comissão Especial. Segundo tal dispositivo “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte*”. Observe-se que o dispositivo fala em **direitos humanos**, ou seja, não distingue entre direitos de origem liberal (individuais *stricto sensu*, ou de primeira geração) e direitos sociais (direitos de segunda geração).

Outros dispositivos que, por sua relevância têm *status* de verdadeiros princípios constitucionais, também se levantam para que se considerem as cláusulas protetivas da remuneração contidas no artigo 7º da Lei Maior incluídas na ampla proteção do parágrafo 4º do artigo 60. São eles, a título de exemplo, os incisos III e IV, do artigo 1º, os incisos I e III do artigo 3º, e o inciso II do artigo 4º, todos da Lei Maior, e todos fruto de manifestação do Poder Constituinte originário. Além disto, o próprio Capítulo II - Dos Direitos Sociais - está contido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Em arremate, contraria a própria dignidade da pessoa humana, equiparando o juiz à figura do escravo, a simples discussão no Congresso Nacional de constitucionalizar a suspensão de sua remuneração, seja pelo motivo que for. A proposta beira à provocação...

VI. QUARENTENA PARA OS EX-JUÍZES

Confira-se a redação do novo dispositivo que se pretende introduzir na Lei Maior, consoante o art. 9º do relatório, com os destaques até aqui aprovados:

“Art. 95 -

Parágrafo 1º -

VI - exercer a advocacia no âmbito da respectiva jurisdição, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”

O dispositivo não é inovador. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil possuía norma de conteúdo semelhante. De sorte que as

discussões em torno do tema, de certa forma, não nos chegarão a surpreender de todo.

Com efeito, pretende-se reintroduzir em nosso ordenamento jurídico, agora diretamente na Constituição, a velha quarentena, outrora prevista no artigo 86 da antiga Lei nº 4.215, de 27.04.63.

Vale a pena anotar a justificativa da eminente Relatora da Proposta de Emenda, para verificar que nenhum argumento novo foi trazido para a adoção da vedação proposta. Trata-se da vetusta alusão à moralidade, como imperativo para que os ex-magistrados não pudessem advogar logo após deixarem o exercício da função. *Verbis*:

“Não apenas para o ingresso na magistratura são criadas limitações, mas também aos juízes que deixam seus cargos impõe-se restrição da mesma natureza. Com efeito, ficam estes impedidos de exercer a advocacia no âmbito da respectiva jurisdição, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria, exoneração ou disponibilidade. Com essas medidas, pretendemos, em nome da moralidade administrativa e da necessária isenção dos órgãos judicantes, combater eventuais influências que essas autoridades possam exercer, ...já no exercício da advocacia, dentro dos tribunais aos quais pertenceram”.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a matéria na Representação nº 1.054. Arguiu-se, então, a inconstitucionalidade do artigo 86 da Lei nº 4.215/63, em face de sua incompatibilidade com o parágrafo 23 do artigo 153 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69. Aliás, a inconstitucionalidade findou por ser reconhecida.

De fato, o assunto comportou debates eruditos e calorosos, principalmente entre o Relator, Ministro **Néri da Silveira**, que teve seu posicionamento vencido, e o Ministro **Moreira Alves**.

Pensamos, todavia, que os debates e os argumentos levantados à época sobre a constitucionalidade ou não da quarentena instituída pelo antigo Estatuto da OAB valem apenas pelo aspecto histórico, na medida em que se referiam a outra realidade constitucional.

Deveras, o direito de livre exercício de profissão era, sem qualquer dúvida, menos amplo sob a égide da Constituição revogada, do que hoje se afigura, sob o império da Carta Política de 1988.

Confira-se a redação de um e outro dispositivo.

CF/69

Art. 153 -

*parágrafo 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.** (grifos nossos)*

e

CF/88

Art. 5º -

*parágrafo XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;** (grifos nossos)*

Com efeito, o dispositivo vigente, que, saliente-se, está acobertado pela proteção do parágrafo 4º do artigo 60, ao contrário do anterior, refere-se exclusivamente a restrições legais para o exercício profissional, relativas a **qualificações profissionais**, ou seja, a restrição legal só poderá ser de ordem técnica. Ao contrário, a norma asseguradora do exercício profissional sob a égide da Carta Política revogada possibilitava a interpretação de que caberiam maiores restrições por parte do legislador ordinário, na medida em que se referia, de maneira ampla, a “**condições de capacidade**”.

De fato, a expressão **condições de capacidade** poderia ser compreendida não apenas como condições técnicas para o exercício profissional, mas também como condições de ordem moral, e tantas outras que o legislador ordinário viesse a fixar, em nome do interesse público. Aliás, esta mesma expressão **condições de capacidade** já havia sido adotada na Constituição de 1946 (CF/46, parágrafo 14 do art. 141). Sendo certo que o Ministro **Néri da Silveira**, rememorando os debates travados na Comissão Constitucional, anotou que foram vencidas as posições de **Mário Masagão** e de **Ataliba Nogueira**, os quais pretendiam fosse adotada para o dispositivo a redação original do anteprojeto, que se referia a **condições de capacidade técnica**. Dessa forma, tendo sido suprimida a palavra “**técnica**”, na redação final do parágrafo 14 do art. 141 da CF/46, seriam lícitas, diziam aqueles que entendiam ser constitucional o antigo art. 86 da Lei nº 4.215/63, restrições legislativas outras ao exercício das profissões, que não aquelas meramente técnicas.

Voltamos a frisar que, mesmo naquela realidade constitucional de então, referente à Constituição Federal de 1969, ainda que houvesse a possibilidade de interpretação ampla da restrição contida no parágrafo 23 do art. 153, o certo é que o Egrégio Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional o artigo 86 do antigo Estatuto da OAB que previa uma limitação não-técnica para o exercício da advocacia.

Ora, se assim foi naquela ocasião, com aquela redação do direito-garantia ao livre exercício profissional, hoje, com o texto atual da Carta Política de 1988, não pode restar qualquer dúvida quanto à impossibilidade de que sejam levantadas restrições fora do domínio da técnica e do conhecimento para o exercício da advocacia. Nem a lei ordinária, nem uma emenda constitucional poderá assim fazer, sob pena de confrontar a cláusula pétrea do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Política vigente.

De fato, o texto de 1988 é claro, não abrindo espaço algum para dúvidas. Afinal, o dispositivo expressamente ressalva que as únicas restrições passíveis de serem estabelecidas pela lei para o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, só poderão se referir a qualificações profissionais, ou seja, requisitos de ordem absolutamente técnicos, voltados para o conhecimento do labor que será exercido. Nenhuma outra restrição poderá ser estabelecida.

Destarte, conforme fixado acima no item IV, quando se está diante de direitos e garantias fundamentais, deve o exegeta tentar alcançar toda a sua amplitude. De sorte que as restrições devem ser interpretadas restritivamente. Donde se conclui ser inadmissível que qualquer órgão constituído venha a criar restrições fora do terreno da técnica para o exercício de qualquer atividade laborativa. Sendo certo que até mesmo as restrições de ordem técnica devem se pautar pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em arremate, a quarentena que se pretende instituir para os membros do Poder Judiciário, se aprovada, seria flagrantemente inconstitucional. Aliás, por força da vedação contida no parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal, sequer poderia ser objeto de deliberação uma emenda constitucional neste sentido.

VII. CONCLUSÕES

Já pelo pouco que se disse até aqui, parece restar evidente que a proposta de emenda, considerada como um todo, visa intencionalmente fragilizar o Poder Judiciário. A via eleita foi o ataque aos juízes, pela diminuição de

suas garantias institucionais, criando inseguranças emocionais e financeiras, tornando pouco atrativo o ingresso e a permanência na carreira da magistratura, perseguindo o magistrado até após seu afastamento da instituição, ressuscitando vedações há muito refutadas pelo próprio Poder Judiciário. Não é à toa que foi suprimida a idade mínima para o ingresso na carreira, originariamente contida no relatório da proposta. Afinal, prevalecendo alguns dos dispositivos do relatório, como por exemplo aquele que possibilitaria a suspensão do pagamento de subsídios, muitos poucos profissionais do direito experientes e maduros sentir-se-iam inclinados a ingressar em uma carreira onde lhes poderia ser negado até mesmo a remuneração.

De toda sorte, como mais de uma vez frisamos acima, fúria e paixão nunca foram bons conselheiros. Assim, tomados de tais sentimentos, esqueceram-se os idealizadores da reforma do mínimo de sutileza para tratar de assunto tão grave, cujas raízes se assentam na própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. Demonstraram, pois, que intentam, às escâncaras, mitigar o conteúdo das cláusulas pétreas mais sagradas - a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais – com todo o seu conteúdo histórico e ideológico libertário. Todavia, expondo-se assim, passaram a sujeitar-se, até preventivamente, ao controle judicial. Afinal, o parágrafo 4º do art. 60 prevê que sequer será objeto de deliberação as emendas que tendam a abolir a separação dos Poderes ou os direitos e garantias fundamentais. Destarte, tão logo se iniciem os debates parlamentares para efetiva deliberação sobre a tal Emenda, poderá o Poder Judiciário, mediante provocação, impedir o prosseguimento das discussões. É o que esperamos... ◆