

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 375

ARNOLDO WALD

1. A Medida Provisória nº 375, de 23.11.1993, publicada no *Diário Oficial* de 24.11.93, modificou o regime da concessão de medidas liminares e cautelares, atingindo a própria substância do mandado de segurança, em virtude das restrições estabelecidas em relação ao mesmo. Na realidade, um dos aspectos importantes do remédio processual, que é inerente ao nosso Estado de Direito, é a possibilidade da correção imediata da ilegalidade e do abuso de poder, evitando que a lesão possa ser consumada e somente permita o recebimento de indenização, após o longo processo que caracteriza a ação ordinária.

2. A doutrina e a jurisprudência sempre salientaram o caráter peculiar do mandado de segurança, como medida imediata de execução específica, que permite a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades do Poder Público. Trata-se de um instrumento de maior densidade com imenso grau de coerção, colocado nas mãos do Poder Judiciário, para restabelecer, no plano jurídico, a desigualdade existente entre o indivíduo e o Estado. Exigindo maiores requisitos de prova do direito alegado, que deve ser certo, quanto a sua existência, e líquido, quanto ao seu conteúdo, o mandado se caracteriza pela sua eficiência, fazendo do Judiciário o elemento de equilíbrio entre os interesses públicos e os direitos individuais. Essa força que, nele, se atribui ao Juiz o aproxima do *habeas-corpus*, dos interditos, dos *writs* do direito norteamericano e do recurso de amparo, havendo em todos esses instrumentos a possibilidade de uma ação fulminante e incontestável do Juiz, contra a autoridade, que, por mais elevada que possa ser, deverá cumprir, de imediato, a ordem sob as penas da lei, que envolvem a chamada *contempt of court* ou seja a desobediência à ordem judicial ensejadora inclusive da prisão do infrator.

3. Como teve a ocasião de salientar o Ministro Cunha Vasconcellos, que presidiu o antigo Tribunal Federal de Recursos, em prefácio a obra de nossa autoria, ao defender a inteireza do mandado de segurança, é preciso reconhecer que:

“Qualquer combate ao instituto será suicida. Ninguém aceitará, nos tempos que correm, que o ato de uma demissão ilegal se mantenha por anos a fio até que a Justiça o anule, como ninguém poderia admitir que a detenção do indivíduo, com direito à liberdade, se prolongasse além do tempo necessário à invocação do amparo da Justiça. Quer queiram, quer não queiram, os ferrenhos inimigos do *writ*, ele subsistirá

como estrela de primeira grandeza entre os recursos do direito, em seu sentido constitucional iniludível. Todas as deformações que, por leis ordinárias, têm sido tentadas com o objetivo de diminuir-lhe a eficácia, cairão como frágeis biombos chineses — ninguém se iluda.

O mandonismo e a preguiça têm sido as causas principais do combate insistente. Intencional, via de regra, é o ato ilegal, ou o abuso de poder. A autoridade prepotente não se conforma com o controle judiciário. E é pela via do mandado que se exerce o imediatismo desse controle. As vias ordinárias assegurarão as reparações patrimoniais, é certo, mas passados anos. Durante todos esses anos, entretanto, terá subsistido a arbitrariedade. A vaidade do seu autor não terá sofrido o impacto do direito, que é o que para ele importa, pois que o vir da reparação já não terá ela sentido 'atual' algum."¹

4. Esta dinâmica do mandado de segurança, na sua condição de remédio especial e extraordinário, tornou-se um dos pilares da democracia brasileira, assegurando o respeito aos direitos individuais e coletivos nas áreas as mais diversas.

5. Ocorre que, com o congestionamento progressivo da Justiça, em grande parte em virtude dos planos heterodoxos de combate à inflação, que ensejaram uma explosão de litígios, especialmente na Justiça Federal, tornou-se difícil o julgamento pronto do mérito do mandado de segurança, que passou a ter, de fato, um rito não muito distinto da ação ordinária com julgamento antecipado, quando há desnecessidade de prova. Assim mesmo, a maioria dos processos de mandados de segurança não são julgados, em primeira instância, em menos de um ano e as decisões, muitas vezes, só transitam em julgado decorridos quatro ou cinco anos. Assim, passou a ter papel decisivo a concessão da medida liminar. Podemos até dizer que, em virtude da atual sobrecarga da Justiça, tanto federal quanto estadual, o que passou a importar, para clientes e advogados, foi a decisão inicial no mandado de segurança ou na ação cautelar, assumindo, assim, as liminares uma função e importância que não tinham no passado.

6. A nova Medida Provisória representa uma mudança técnica e filosófica, pois, além de modificar o procedimento no tocante à concessão das medidas liminares, pretende impor uma determinada escala de valores ao magistrado, como em seguida verificaremos.

7. No tocante ao procedimento, as principais modificações introduzidas pela Medida Provisória n° 375 são as seguintes:

a) a necessidade de manifestação prévia da autoridade, que deverá ser notificada pessoalmente e terá 72 horas para manifestar-se, (art. 2°);

b) a medida liminar, devidamente motivada, não poderá exceder trinta dias (art. 5, I);

c) a concessão poderá estar condicionada à prestação de garantia (art. 5°, II);

d) o juiz recorrerá *ex-officio* da concessão da medida liminar (art. 5°, III);

e) não se permite a concessão de medida liminar satisfatória, que esgote, em parte ou no todo, o pedido ou que viole as normas legais vigentes (art. 5° § 1°);

f) decorrido o prazo de trinta dias, a medida liminar perde eficácia de pleno direito e só pode ser renovada pelo Tribunal competente para o recurso *ex-officio*. (art. 5° § 2°);

¹ Ap. ARNOLDO WALD, *O mandado de segurança*, publicação do DASP, Rio de Janeiro, 1955, p. 9.

g) A prestação de garantia é indispensável, nos casos de suspensão ou interrupção de licitação, devendo ter, no mínimo, o valor corresponde à caução contratual (art. 5º § 3º);

h) o recurso *ex-officio* contra a medida liminar deverá ser remetido ao Tribunal *a quo*, no prazo de dois dias, contados da decisão, formando-se processo próprio do qual constarão a petição inicial, a procuração do patrono do autor, a certidão da realização da intimação pessoal da autoridade, sua manifestação e a decisão concessiva da segurança (art. 5º, §§ 4º e 5º);

i) o recurso *ex officio* terá processamento prioritário, sem a intervenção escrita do Ministério Público, que poderá pronunciar-se oralmente na assentada do julgamento; (art. 5º § 6º);

j) o órgão ou entidade da Administração Pública poderá, a qualquer tempo, requerer a suspensão da medida cautelar, ou da liminar, ao Presidente do Tribunal competente para julgar o recurso *ex-officio* (art. 6º).

8. Em relação aos aspectos valorativos que a Medida Provisória nº 375 impõem ao juiz, destacam-se as normas contidas nos arts. 3º e 4º.

9. O art. 3º determina que o juiz tenha em conta o atendimento a situações que anteriormente somente o Presidente do Tribunal devia apreciar, para fins de cassação da liminar, tais como a ocorrência, ou o grave risco de ocorrência, de grave lesão:

a) ao interesse público;

b) à ordem;

c) à saúde;

d) à segurança;

e) à economia pública, ensejando difícil reparação dos danos eventualmente causados ao Poder Público, em virtude da suspensão de atos e procedimentos administrativos, ou da execução de bens e serviços públicos, ou ainda em virtude do desembolso de valores ou da liberação de bens (art. 3º).

10. O art. 4º determina que, ao apreciar o pedido de medida liminar, o juiz faça o cotejo dos interesses em confronto, devendo fazer prevalecer o interesse geral sobre o particular.

11. Finalmente, esclarece a Medida Provisória, no seu art. 7º, que ela entrará em vigor na data de sua publicação, ou seja em 24.11.1993, data a partir da qual, em nosso entendimento, deverão ser computados nela estabelecidas para os devidos fins de direito.

12. Examinando cada uma das restrições de *per si*, podemos reconhecer que, a grosso modo, a maioria delas, embora com menor alcance, já tinham sido introduzidas em leis anteriores de caráter transitório ou especial, sem que houvesse consenso em relação à sua inconstitucionalidade. O que há, todavia, de grave no novo diploma legal e que o diferencia das situações legais anteriores é a sua generalidade, ou seja o fato de pretender ser norma geral e sem prazo determinado de vigência, além de tornar praticamente inviável a utilização da medida liminar, atingindo, assim, o instituto, na sua própria essência e existência, infringindo, pois, o art. 5º, inciso XLIX da Constituição.

13. Efetivamente, a necessidade expressa de notificação pessoal da autoridade — que eventualmente pode não ser encontrada no seu local de trabalho — e o prazo de 72 horas, para manifestação da mesma, embora já tenham sido previstas em ou-

tras situações, nunca foram admitidas em relação ao mandado de segurança, podendo inviabilizar o seu papel de instrumento de correção imediata da ilegalidade.

14. Por outro lado, o prazo de validade de trinta dias da medida liminar não permite, nem mesmo abstratamente, que o mandado de segurança seja julgado no referido período, ensejando pois a extinção de pleno direito da liminar, antes que o Juiz possa ter apreciado o mérito da questão. Os prazos anteriores de 90 dias, prorrogáveis por mais trinta dias, ou em virtude de obstáculo decorrente do próprio funcionamento da Justiça ofereciam um quadro mais realista e razoável, embora nem sempre tenham funcionado adequadamente.

15. O condicionamento da concessão da liminar a prestação de garantia por si só não nos parece inconstitucional, embora, no passado, tenha havido decisão dos tribunais superiores, dispensando-a e será preciso examinar a viabilidade da concessão da caução e sua forma. É, pois, preciso que o Juiz tenha um poder discricionário, ao fixar o montante e a forma da garantia, a fim não inviabilizar a utilização do instrumento processual.

16. Embora não sendo, em tese, ostensiva e evidentemente, inconstitucional, o recurso *ex-officio* da liminar, nos parece descabido e nos termos em que a Medida Provisória o previu, pode estar violando as normas constitucionais. Em termos gerais, a idéia do recurso *ex-officio* já é uma aberração, razão pela qual, na terminologia, mais aprimorada, se prefere aludir à decisão necessariamente apreciada no duplo grau de jurisdição. No tocante ao mandado de segurança, que pressupõe direito líquido e certo e no qual a apelação não tem efeito suspensivo, não vemos razão para o recurso *ex-officio*, que dificilmente poderá ser remetido em 48 horas para o Tribunal *ad quem*, como determina a lei. Por outro lado, a autoridade já tem, como forma adequada para eventual correção da decisão liminar, a possibilidade de pedir a suspensão da mesma, com base no art. 13 da Lei nº 1.533, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973, e no art. 4º da Lei nº 4.348, de 26.06.1964, sendo o regime atual suficiente para assegurar os direitos das partes.

17. No particular, houve aprimoramento da redação no tocante à suspensão da liminar, que poderá ser pedida pelo órgão ou entidade da Administração Pública (art. 6º da Medida Provisória), abrangendo, pois, tanto a Administração direta quanto a indireta e, inclusive, as pessoas jurídicas de direito privado, enquanto o art. 4º da Lei nº 4.348 atribuía tão-somente essa faculdade às pessoas de direito público. Houve, assim, um progresso técnico da nova lei, no caso, consagrando o legislador entendimento já dominante na jurisprudência, em particular do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal de São Paulo, e na doutrina, inclusive com uma posição coerente, que sempre adotamos e defendemos.

18. A restrição a medidas liminares satisfatórias já constava na Lei nº 8.437 (art. 1º, § 3), sendo todavia, em alguns casos, de difícil aplicação, pois o direito lesado pode exigir uma intervenção imediata do magistrado, em virtude da concessão da liminar estar entrosada ou embutida no pedido, de tal modo que a sua denegação venha, tornar inútil a decisão de mérito, quando for proferida.

19. Na realidade, o conjunto de medidas restritivas, somando-se umas às outras, acabaram amputando o remédio processual e retirando-lhe a sua própria razão de ser e, assim, afrontando a garantia constitucional de sua existência, que consta do art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal vigente.

20. Por outro lado, ao assemelhar cada vez mais o mandado de segurança a uma ação ordinária, o legislador também afetou a garantia do devido processo legal, que mereceu a garantia constitucional no art. 5º, inciso LIV, por ser o mandado o instrumento natural de defesa no caso de privação de bens, com violação de direito líquido e certo, do mesmo modo que o *habeas-corpus* garante a liberdade individual, dando-se à palavra bens uma acepção ampla.

21. No tocante aos elementos que devem passar a influir na decisão na qual o Juiz aprecia a liminar, a referência do art. 3º aos fatores que já constavam na legislação anterior, como eventuais critérios que justificariam a cassação da medida concedida pelo Juiz, tem uma certa racionalidade. Efetivamente, justifica-se que as mesmas razões que possam levar o Presidente do Tribunal a desconstituir a medida liminar devam influir na decisão do Juiz de primeira instância, que ao contrário a concede.

22. Por outro lado, ao art. 4º pode ser dada interpretação perniciososa que justificaria a sua inconstitucionalidade, na medida em que o interesse geral nem sempre pode prevalecer sobre os direitos individuais. Não há dúvida que toda interpretação do direito deve atender aos fins sociais e ao bem comum, conforme determina o art. 6º da Lei da Introdução, que se compatibiliza plenamente com a Constituição Federal. Se tão-somente este fosse o sentido do art. 4º, tratar-se-ia de mera repetição e não haveria necessidade de incluí-lo na Medida Provisória nº 375, o que nos leva a atribuir outro sentido ao mencionado artigo. Se considerarmos, pois, que a prevalência do interesse público pode significar, no caso, o sacrifício dos direitos individuais sem a devida e necessária, prévia e justa indenização (art. 5º, inciso XXIV), então estaremos diante de uma disposição evidentemente inconstitucional. E tanto mais evidentemente inconstitucional que o Estado nunca indeniza, imediata e plenamente, aqueles que foram lesados pelos seus atos ilícitos. É também uma posição assumida pelo legislador que a imprensa definiu como sendo de inspiração fascista, fazendo reviver um conceito de segurança nacional incompatível com o Estado de Direito (*O fim das ilusões*, editorial do *Estado de São Paulo* de 25.11.1993). Houve até quem considerasse que se pretendia volta ao Estado Novo e à “polaca”, denominação dada à Carta de 1937, que sofrera a influência da Constituição Polonesa, que, naquela época, não representava um modelo de democracia nem uma fonte condigna de inspiração para os juristas (*Folha de S. Paulo* de 25.11.1993).

23. Em nosso entendimento e seguindo a linha moderada e sempre equilibrada de HELY LOPES MEIRELLES, que jamais sacrificou o seu ideal democrático e o seu respeito ao Estado de Direito a qualquer forma de pressão do Poder Público, consideramos que a Medida Provisória nº 375 desobedece aos princípios constitucionais, quando impede a imediata concessão da liminar, quando limita o seu prazo de vigência a trinta dias, prazo incompatível com o tempo necessário para julgar o mérito do mandado de segurança, e quando estabelece o recurso necessário da concessão da liminar.

24. Na realidade, colocou-se o mandado de segurança numa verdadeira camisa de força, fazendo com que perdesse a sua dinâmica e eficiência, razão pela qual os arts. 2º, 4º e 5º, incisos I e III nos parecem ser materialmente inconstitucionais.

25. É verdade que o problema de inconstitucionalidade já foi suscitado em relação à Lei nº 8.076, de 1990, e à Medida Provisória nº 173, posteriormente reeditada por duas vezes, que se transformou na mencionada lei, e que, na ocasião, o Supremo

Tribunal Federal, por maioria, não concedeu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Houve, todavia, pronunciamento no sentido da inconstitucionalidade das mencionadas Medidas Provisórias por parte do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que assim decidiu, por unanimidade, em 1990, por entender que as mesmas importavam em “tolhimento da ação do Judiciário”.

26. Cabe, todavia, salientar que, no passado, tanto a doutrina como a jurisprudência, inclusive a do próprio Supremo Tribunal Federal, não aplicaram ao recurso em mandado de segurança as restrições, estabelecidas pela legislação ordinária, para o conhecimento dos mesmos pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a natureza peculiar do mandado de segurança, que tivemos o ensejo de enfatizar em diversos trabalhos, ensejando até pronunciamento da OAB na matéria.

27. Em vários pronunciamentos recentíssimos, juízes de primeira e segunda instância já desconsideraram a existência da Medida Provisória nº 375, julgando os pedidos de liminares, como se ela não existisse, destacando-se entre outras as decisões já proferidas pelo Juiz HOMAR CAIS, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pelo Juiz JOSÉ RICARDO DE SIQUEIRA REGUEIRA, da Justiça Federal, Seção do Rio de Janeiro, que considerou a nova medida como sendo de “flagrante inconstitucionalidade” e por vários outros magistrados em S. Paulo, Brasília e Rio de Janeiro.

28. As entidades de classe, Associação dos Magistrados Brasileiros e Ordem dos Advogados do Brasil, se uniram para contestar a validade da nova medida, tendo sido inclusive estudada a possibilidade e conveniência de ser proposta ação direta de inconstitucionalidade.

29. Vários advogados e professores, inclusive antigos Consultor Geral da República e Procurador Geral da Fazenda, se insurgiram contra a Medida, salientando o seu descabimento e caracterizando-a como uma “Medida Provisória imprudente” (*Folha de S. Paulo*, 30.11.1993).

30. O Professor IVES GANDRA MARTINS viu, na iniciativa governamental, uma ingerência do Poder Executivo no Judiciário e foi acompanhado pelo jurista WALTER CENEVIVA, para quem “o governo volta a usar o instituto da medida provisória de forma inadequada”. (*Folha de S. Paulo* de 24.11.1993).

31. A sociedade, em todas as suas áreas, manifestou o seu descontentamento e sua apreensão com a modificação da legislação referente ao mandado de segurança, evidenciando assim a importância que o instituto tem, mesmo para aqueles que não convivem diariamente com os problemas jurídicos.

32. No momento em que uma medida provisória pretende reduzir de modo substancial a eficiência do mandado de segurança, retirando-lhe os seus elementos básicos, tais como a decisão imediata e a duração razoável da medida liminar, se não for suspensa, cabe lembrar as palavras do Padre Vieira, que se aplicam perfeitamente à fase que atravessa atualmente o direito brasileiro especialmente se nelas substituírmos a referência à lei pelo respeito devido à Constituição:

“Dispensam-se as leis por utilidades (que ordinariamente são dos particulares e não suas) e abre-se a porta à ruína universal que só se pode evitar com a observância inviolável das leis. Percam-se os frutos da árvore da vida, que são a mais preciosa coisa que Deus criou: percam-se as mesmas vidas, e não se recupere a imortalidade: morra e sepulte-se o mundo todo: mas a lei não se quebre, nem se dispense...”

Persuada-se o príncipe que a lei morta não pode dar vida à República: considere que as leis são os muros dela, e que, se hoje se abriu uma brecha, por onde possa entrar um só homem, amanhã será tão larga que entre um exército inteiro.”

33. Verifica-se, assim, a necessidade de rejeitar a Medida Provisória ou de convertê-la em lei, com outra redação, revendo e modificando o seu texto, para enquadrá-la na sistemática jurídica vigente e compatibilizá-la com o Estado do Direito. Consolidar e legislação pertinente pode ser um dever do Congresso Nacional. Amputar o mandado de segurança é um crime e, poderíamos até dizer, parafraseando TALLEYRAND, mais do que um crime, é um erro.

34. Assim sendo, foi oportuna a propositura da ação direta de inconstitucionalidade intentada pela Ordem dos Advogados do Brasil em relação à Medida Provisória nº 375, que ensejou a concessão de medida liminar pelo Supremo Tribunal Federal, em 09.12.1993. Enquanto três ilustres magistrados, os Ministros CARLOS MÁRIO VELLOSO (relator), MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO, entenderam que o diploma era inconstitucional na sua totalidade, a maioria preferiu examinar cada um dos artigos. Foram, assim, suspensos, perdendo a sua vigência até final deliberação da Corte, os arts. 2º, 4º, os incisos I e III do art. 5º e os seus §§ 3º, 4º, 5º e 6º e parte do art. 6º.

35. A parte do texto legal que continua, pois, em vigor, no momento, é a seguinte: “Art. 1º — As disposições desta Medida Provisória aplicam-se às medidas cautelares regidas pelo art. 794 do Código de Processo Civil, às liminares autorizadas pelo inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533 de 31.12.1951, e pelo § 1º do art. 12 da Lei nº 7.347, de 24.07.1985.”

Art. 2º — (suspensão).

Art. 3º — A autoridade do Poder Judiciária à qual foi pedida a concessão de medida cautelar ou de liminar considerará, além dos pressupostos de direito aplicáveis à espécie, a ocorrência, ou o seu risco, de grave lesão ao interesse público, ou à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública assim entendida a situação em que, da ordem judicial, puder decorrer dano de difícil reparação em consequência da suspensão ou interrupção de atos e procedimentos administrativos ou da execução de serviço ou obra de interesse público, bem como do desembolso de importâncias ou da liberação de bens.”

Art. 4º — (suspensão).

“Art. 5º — A decisão concessiva de medida cautelar ou de liminar, devidamente fundamentada, de modo especial quanto ao art. 3º deverá:

I (suspensão).

.....
II. estabelecer, quando necessário, como condição de eficácia da concessão, a prestação de garantia acauteladora do interesse exposto a risco.

III. (suspensão).

§ 1º Não será concedida medida cautelar ou liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, ou que contrarie o disposto aos arts. 1º da Lei nº 2.770, de 4.05.1956 e 5º da Lei nº 4.348, de 26.06.1964, art. 1º da Lei nº 5.021, de 9.06.1966, o art. 1º da Lei nº 8.437, de 30.06.1992.”

§ 2º Decorrido o prazo (fixado por lei), a medida cautelar ou a liminar perderá a eficácia, de pleno direito, e somente poderá ser renovada pelo Tribunal competente para o julgamento do recurso.

§ 3º (suspensão).

§ 4º (suspensão).

§ 5º (suspensão).

§ 6º (suspensão).

Art. 6º O órgão ou entidade da Administração Pública poderá, a qualquer tempo, requerer a suspensão da medida cautelar ou da liminar ao Presidente do Tribunal competente para julgar o recurso.”

36. No seu voto, o relator Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO salientou que a Medida Provisória “causava empecilhos e obstáculos ao serviço da Justiça” e acrescentou que, na realidade, o ato do Presidente da República “criou uma sujeição do Judiciário ao Executivo (no art. 2º) e dano à separação dos poderes”, que, como se sabe, é uma das cláusulas pétreas da Constituição Federal vigente (art. 6º, § 4º, inciso III).

37. Na realidade, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu, liminarmente, a inconstitucionalidade de todas as determinações da Medida Provisória, que restringiam o uso do mandado de segurança, mantendo a vigência tão-somente das normas repetitivas de outras já consagradas na legislação anterior e explicitantes da possibilidade de ser pedida a suspensão da liminar pelas entidades da administração indireta.

38. Em recente declarações, o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, comentando a matéria teria afirmado que, especialmente no caso, “esse instrumento da medida provisória é um abuso do autoritarismo que deve ser repensado na revisão constitucional”. Sem prejuízo da discussão quanto ao cabimento ou não da manutenção da medida provisória, dentro do processo legislativo, em termos genéricos, parece-nos evidente que, na revisão constitucional, impõe-se estabelecer determinados limites em relação ao seu âmbito, excluindo-a tanto no campo penal e fiscal, como em relação ao direito monetário, ao direito judiciário civil e penal e, em particular, no tocante à regulamentação do mandado de segurança que, como o *habeas-corpus*, é um instrumento constitucional que não pode sofrer restrições à sua própria existência, nem mesmo em virtude de lei e, muito menos, em decorrência de medida provisória, como já tivemos o ensejo de salientar. Já há emenda constitucional neste sentido e espera-se que seja a mesma adotada para defender a manutenção do próprio Estado de Direito.