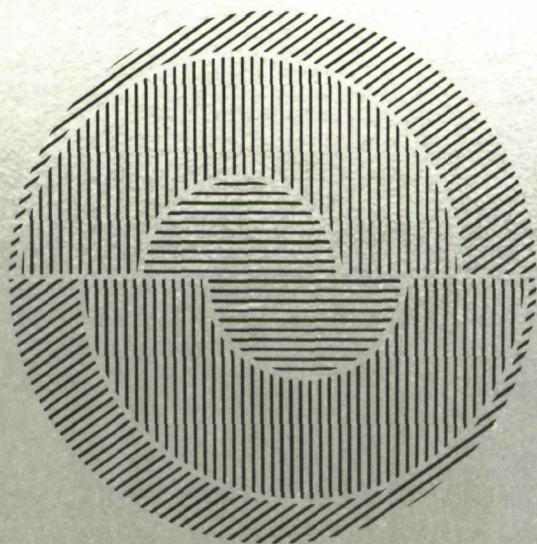


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1992

ANO 29 • NÚMERO 116

A Tutela Jurisdicional na Constituição de 1988 (*)

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO
Catedrático de Direito Administrativo e Pro-
fessor Emérito da Universidade Federal do
Paraná

Uma Constituição deve ser apreciada pelo pensamento e não pelo sentimento. Toda e qualquer norma, embora objetiva, pode afirmar subjetividade. Mas não é por isso, sobretudo no tocante aos direitos, que o hermenauta pode, ao sabor de teorias, dar sentido inapropriado aos aplicáveis preceitos jurídicos formais.

É preciso que o fato, na relação jurídica, corresponda à norma na sua expressão de verdade constitucional. Não cabe ao constitucionalista alargar pressupostos a favor de soluções sub-reptícias. Seu papel de maior relevo é de, na aplicação da norma, não se deixar levar por discussões de como ela poderia ser e não é.

Grande é a distância entre as Constituições e o Direito Constitucional. Pela doutrina podemos saber disso. Pelas teorias alimentamos contradições dialéticas. Provocamos conflitos de pensamento crítico envolvendo a norma na sua pureza conceitual e muitas vezes deturpamos aquele significado que se deve dar às regras mandamentais.

Qualquer análise não deve fugir do entendimento finalístico, não pode ser totalmente livre diante de textos formalmente escritos. Aprisionando preceitos, uma Constituição, enquanto viva, pede respeito na sua aplicação. Deve ser lida como ela é. Não aceita premissas que possam desvirtuá-la ou decisões que possam corrompê-la.

Regimes políticos ou sistemas de governo dependem da organização constitucional. A ordem jurídica integra Constituições. Os direitos estão nelas consagrados. As garantias, sociais ou individuais, nelas capituladas. Seus princípios indicam processos que na relação jurídica realizam meios legais de comportamento regulado.

Os códigos procedimentais, mesmo não readaptados, ficam submetidos ao mandamento constitucional. Impõem inteligência hermenêutica para harmonizar possíveis choques de preceitos, valendo no entanto aquele preceito que decorra da ordenança maior conforme a hierarquia das leis que ainda continuarem vigentes nas contendas.

Razão por que o controle jurisdicional operante vai por aí, sendo no momento, aqui no Brasil, em face da Constituição de 1988, uma linha

* Conferência pronunciada em 29 de novembro de 1991, no momento da inauguração do Auditório Ministro Jarbas Nobre, na sede da Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná.

de conduta entre as leis que permanecem e as normas que passaram a vigor. A complexidade se apaga diante de proposições que aconselham a ordem nova nos sistemas jurídicos tradicionais.

Nas crises, o direito não perece, deve ser aplicado conforme a natureza dos fatos. Quanto à norma sofre outros meios de aplicabilidade, ajustando-se às circunstâncias sociais ou cumprindo-se em razão de finalidades cogentes. A tutela jurisdicional faz isto. O controle das leis exige que se acompanhe mudanças econômicas ou sociais.

Pensar diferente será o mesmo que não aceitar transformações naturais determinantes de fatos novos, dando à norma constitucional figurações destinatárias outras que não alteram o conteúdo mandamental. Não há, por assim dizer, tutela jurisdicional alheia à evolução das coisas. Sua presença condiz com realidades inafastáveis.

A partir do conhecimento da norma temos de adequá-la às situações que surgirem. Aqui reside o valor da tutela, a importância do controle. A vida dos direitos evolui, é contínua, é complexa nas suas manifestações jurídicas. A norma não existe só pelo que diz, mas existe sempre pelo que representa nas relações privadas e sociais.

Quem tem a tutela, quem faz o controle, o que quer dizer aquele poder de apreciar e julgar, tribunais e juízes na organização estatal, precisa entender a norma nas suas projeções fáticas, porque ela, a norma, não constitui um preceito morto estratificado sem virtudes que não possam atender às mais variadas relações jurídicas.

O problema não é de uma Constituição, porém de todas as Constituições. O julgador não dispensa ter uma relativa autonomia de vontade. Para aplicar a lei que vem da norma ele precisa saber dos efeitos que se criam e, diante dos efeitos, evitar a inconstitucionalidade das decisões. Na verdade, os pressupostos determinam conhecimentos dos fatos.

Não basta filosofar em torno de sistemas. Muito mais é necessário. As normas, depois que passam a existir no mundo do direito, pela tutela jurisdicional pedem ao aplicador conhecimento de valores jurídicos protegidos ou não, sempre valores capitulados que sensibilizam coisas, pessoas, relações jurídicas permitidas.

A experiência constitucional histórica chamaria isso de bem saber administrar a aplicação da norma quando chamada para aplicar-se. O princípio universal do controle jurisdicional responde na extensão pela harmonia dos poderes na consecução de funções divididas ou distribuídas na mecânica da atividade estatal.

A nossa Constituição de 1988, como as anteriores outorgadas ou promulgadas, impõe, na separação, a harmonia entre os poderes, impondo a tutela jurisdicional como o melhor meio de manter a exação no exame e na prática das postulações envolvendo possíveis direitos ou interesses buscando legitimação perante a norma posta.

O saber da ciência jurídica, na universalidade dos sistemas, não deságua em soluções contraditórias. Realiza, nos sistemas nacionais, o que está nos sistemas internacionais. Identificam-se os sistemas através de processos semelhantes ou assemelhados visando à lisura no tocante ao cumprimento dos preceitos constitucionais normados.

Sem dúvida, a doutrina alimenta especulações teóricas. Palmilha muitos caminhos para explicar o *óbvio*. Na realidade não observa os fenômenos de maneira global. Fica de um lado só. Não soma elementos componentes dos fatos. Pesquisa intencionalmente à margem das constantes lógicas. Complica o conhecimento da norma.

Pela tutela, ou controle jurisdicional, o ajustamento das situações efetiva, nas contradições, medidas consentâneas com as normas, jurisprudenciando colocações, dando formal unidade às decisões para que o direito incluso venha a ser respeitado executoriamente, não deixando de existir nas aplicações legais o *suum cuique tribuere*.

A temática, a rigor, não traz novidade aos estudiosos preparados para entender os sistemas de direito e as conseqüentes ordenações jurídicas. Em qualquer nível, a norma quando aparece, vem declaradamente textuada, gramaticalmente escrita, formalmente capitulada, explicitamente finalizada na eficácia esperada.

Claro que o *fim* é importante quando resulta de relações jurídicas permitidas ou relações jurídicas fundadas no legítimo interesse provado. Assim, o controle, ou a tutela, nasce já ao início das demandas, do primeiro petitório ajuizado, do ato de vontade manifestado judicialmente e amparado na legalidade.

Na verdade dos vários sistemas sempre domina o controle ou a tutela jurisdicional. Critérios ficam estabelecidos constitucionalmente a fim de que normas não fiquem descumpridas, a fim de que normas tenham efetiva aplicação executória conforme parâmetros processuais destinados a prever nos casos concretos o ajuizamento tempestivo.

As questões, sobretudo na prática, embora legitimadas no direito ou no interesse, reclamam equacionamento jurídico devido à natureza específica das postulações. A dúvida, uma vez presente, movimentada a tutela objetivando nas hipóteses flagradas que o controle se ative resguardando o império da ordem jurídica.

Não há quem não saiba que a ordem jurídica necessita dos rigores processuais para ficar isenta de lesões denunciáveis, devendo nos trâmites comuns encontrar o amparo de regras cautelares positivas, *regras* capazes na relação jurídica de manterem atuantes os meios decisórios legais no momento jurisdicionalizados.

Importa muito que a ordem jurídica fique inviolável nos confrontos judiciários, já porque essa ordem nas suas prescrições é produto da lega-

lidade e assim da constitucionalidade, incluindo-se nela atos de controle jurisdicional ou de tutela indispensáveis ao respeito devido à lei ou à norma antes preventa.

Em linhas gerais, as afirmações agora aqui deixadas decorrem da Carta Constitucional de 1988. Nos diplomas antes passados, com mudanças de sentido e de palavras, a problemática não oferece diferenças substanciais. Apenas as expressões terminológicas atraem a pesquisa histórica que se fizer dos velhos documentos políticos.

Com maior ou menor ação judiciária, sempre a tutela ou o controle jurisdicional permanecem nas Cartas para que não se arranhe a ordem jurídica, para que se mantenham normais as relações de direito, policiando atividades que não extravaguem determinantes legais, examinando procedimentos que não se oponham às prescrições processuais.

Quando se diz, no art. 102, que compete ao Supremo Tribunal Federal, "precipualemente", a guarda da Constituição, estamos a ver predominante a tutela do Estado-político e, por conseqüência, do Estado-administrativo. Exemplos temos alguns: cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade; o julgamento de disposições contrárias à *Magna Carta*.

Embora pouco estudado ainda, o preceito tem aqui alcance federal que se marca na composição política do Estado *nacional*. "Guardar a Constituição" é tutelar, controlar, vigiar, amparar, fazê-la respeitar, impedir que suas normas sejam violentadas ou que as leis dela ocorrentes não se cumpram conforme sua real eficácia jurídica.

Devemos porém ter em mente, no estudo das relações jurídicas, o fator psicológico que faz atuante o controle jurisdicional. As sutilezas são enormes para o julgador. Recomendam acuidade no entendimento da norma diante dos fatos. Nem sempre podemos, na discricção decisória, adiantar soluções que possibilitem inversões jurídicas.

Acredito que, nesta palestra informal e sem maiores pretensões, tenha podido colocar o problema do controle nos seus aspectos gerais objetivos e subjetivos, porque a tarefa de julgar direitos não é só uma tarefa que se consume na letra fria das leis. Há para considerar o sentido fático e o sentido humano das decisões judiciais.

Nem sempre, normas e leis, se mantêm socialmente atuais, impondo ao julgador, sem quebra do conteúdo legal, a missão de apreciar os fatos de acordo com as eventuais circunstâncias de tempo jurídico. Tais circunstâncias, quando levadas em conta, embora não contradigam a legislação, apontam caminhos que a norma mantém abertos na sua aplicação.

Concluindo, nada fica fácil nas funções judicantes, aumentando a responsabilidade dos que julgam. Usar do controle, da tutela jurisdicional, mantendo sistemas jurídicos, é conhecer o direito que a norma contém na sua expressão de vida. É vivificá-la, sem corrompê-la. É atualizá-la, sem tirar dela seu conteúdo programático constitucional.