

## DOCTRINA

### **É a Constituição Federal de efeito retroativo?**

OLIVEIRA E SILVA

**O** MANDADO de segurança, requerido, pela Ordem dos Advogados, ao Supremo Tribunal Federal, a fim de a vaga aberta, no Tribunal de Justiça local, ser preenchida por um membro da classe e não, como o fôra, por um representante do Ministério Público, dá margem a algumas observações em face do preceito constitucional atinente à matéria.

Como é sabido, na composição de qualquer tribunal, cabe um quinto dos lugares respectivos a advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense.

De acôrdo com o art. 124, V, da Carta Magna, em vigor, para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice, e, "escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado".

O ponto crucial do debate é o seguinte: A Constituição Federal, de 1946, terá efeito retroativo, para obrigar o nosso Tribunal de Justiça a compor uma lista tríplice, exclusivamente, de nomes de advogados, e o governo a, dentre êles, escolher um, para a nomeação, já que a vaga anterior à promulgação da vigente Carta Política fôra preenchida por um elemento saído das fileiras do Ministério Público?

Indagamos: as leis são, em regra, retroativas? quando e por que o são? a retroatividade não alcança, para ferir, o direito adquirido? Não houve sempre repugnância de nossa consciência jurídica, por exemplo, diante de certos atos de arbítrio do governo revolucionário, de 1930, em admitir o princípio da retroatividade, que é uma espécie de recuo no tempo, destruindo uma ordem jurídica?

Com exceção da lei penal que, justamente, retroage, quando beneficia, o réu, na esfera civil, só nos regimes ditatoriais dos inesperados decre-

tos-leis, em que o Poder Executivo legisla, quase sempre abundante e desordenadamente, é possível a retroatividade do preceito que atenta contra o direito adquirido ou a coisa julgada.

Em suas informações ao Ministro da Justiça, a respeito do aludido mandado de segurança, o des. Ademar Tavares, Presidente do nosso Tribunal, afirma que "é princípio incontroverso, no direito universal, que, salvo disposição expressa em contrário, a lei e, notadamente, a Constituição, regulam, com exclusividade, os fatos ocorridos sob o seu império" e que a Constituição, salvo nas suas disposições transitórias, "se destina a reger o futuro e não a compor e retificar o passado".

Indaga: "Qual o fato jurídico de onde o impetrante pretende fazer decorrer o seu direito? O fato de ter sido preenchida, por membro do Ministério Público, a vaga imediatamente anterior ocorrida, ainda, na vigência da Constituição de 1937? E qual o estatuto, o direito que rege e define os efeitos desse fato? Evidentemente, a Constituição de 1937".

Argumento irrespondível. Conclui o Presidente do Tribunal:

"A Constituição de 1937, entretanto, não atribua, a êsse fato, o efeito que se lhe quer emprestar, pois que, no seu regime, o preenchimento não era obrigatoriamente alternado. A requerente, em suma, pretende, nem mais, nem menos, atribuir, a um fato situado, no passado, efeito que êle só teria se tivesse ocorrido no presente, o que valeria dar força retrooperante à disposição da Constituição de 1946, coisa só admissível se, nela, houvesse determinação a respeito".

As Constituições Federais, de 1934 e 1937, prescrevendo a mesma composição, nos tribunais de justiça, de um quinto de lugares para advogados e órgãos do Ministério Público, não esta-

beleciam qualquer alternatividade, deixando, ao critério do próprio Tribunal, por ocasião da lista tríplice, a indicação dos nomes de uma e outra classe que, por sua pureza moral e sabedoria, lhe inspirassem maior confiança.

A Carta Magna, de 1946, atendendo, de certo, à conveniência de deixar a matéria mais clara, determina a alternatividade, embora, entre nós, o Ministério Público não sofra a proibição de advogar. Pelo contrário: raríssimos os defensores públicos, promotores e curadores sem banca de advocacia, tendo, portanto, com o exercício do cargo, oportunidades, maiores do que a dos simples advogados, de alargar a clientela...

Situação curiosa que não estabelece fronteiras entre as duas classes, porque as confunde.

Uma interrogação: é cabível, no bôjo do mandado de segurança, o debate em tórno da interpretação de um imperativo constitucional? A própria Constituição Federal não concede, apenas, o remédio "para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus"? E a lei processual, no art. 319, não estatui que tal medida se dá "para defesa de direito certo, e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal?

Que será, porém, ante a doutrina, direito certo e incontestável? Todo o direito, em qualquer litígio, porventura, não merece contestação?

Já firmaram juristas e tribunais que direito certo é todo aquêle a que não se pode opor argumento razoável ou lógico, e, por sua fôrça, impõe-se, ou, por sua verdade, seria absurdo contrariá-lo. Exemplos?

Se um funcionário público, estável ou vitalício, é demitido, sumariamente, sem o preenchimento dos requisitos legais, tem o direito de, pela medida do mandado de segurança, pleitear a sua volta ao cargo. Se, a um magistrado, o govêrno reduz o vencimento, o ato será nulo, porque o mesmo não pode sofrer essa redução, por fôrça da regra constitucional que assegura tal irredutibilidade. Ou, ainda, se se nega, a um funcionário, direito à promoção, quando é o primeiro na lista de antiguidade e a vaga se destina ao mais antigo.

Infere-se, dêsses exemplos, que, aí, há, sempre, um direito, cuja liquidez e certeza são de tal monta, que só a má fé ou o arbítrio poderá negá-lo com um raciocínio sofisticado, ou claudicante interpretação por conta própria... Desde, porém, que haja um direito passível de controvérsia, como na hipótese do mandado de segurança, requerido pela Ordem dos Advogados, cabe o debate no

âmbito da ação ordinária e nunca na do mandado de segurança.

Quem estudar a natureza e a história do mandado de segurança, no país, verificará que tal remédio, inspirado, ao constituinte de 1934, visara a proteção de certos direitos não amparados pelo instituto do "habeas-corpus". Destinado êste a salvaguarda do direito individual de locomoção, violado ou ameaçado, evidente que outros direitos pessoais mereciam a proteção de outro instituto.

Como, no "habeas-corpus", o direito deve ser de tal liquidez, que não provoque controvérsia. Desde que se discuta matéria de prova ou interpretação de textos legais, já não existe clima para o "habeas-corpus" como para o mandado de segurança.

Tão conhecidas, a respeito do que afirmamos, a doutrina e a jurisprudência, entre nós, que espanta a atitude da Ordem dos Advogados, em cuja direção há elementos brilhantes da classe, com o pleitear um remédio sem fundamento legal.

Como definição do que seja o chamado direito líquido e incontestável, lembremos a lição do ministro Castro Nunes, em seu clássico "Do Mandado de Segurança" (pag. 66):

"Direito líquido e incontestável é uma síntese. Seus elementos componentes podem ser destacados analiticamente, mas terão de coexistir, na espécie, para que seja conceituado como tal. Êsses elementos são, ao meu ver: 1.º) direito provado, de plano, documentalmente, sem necessidade de provas complementares, nem maior debate elucidativo dos fatos; isto é, posto em têrmos de ser declarado, o que vale por uma condição processual, decorrente das possibilidades reduzidas ao rito do "habeas corpus"; 2.º) ilegalidade do procedimento administrativo na prestação, positiva ou negativa, reclamada".

Ministro no Supremo Tribunal Federal, certa vez o sr. Castro Nunes conceituara aquela medida como um "remédio excepcional, medicina heróica, expediente que só se dá em casos que a lei encerra, cuidadosamente, em limites muito apertados" sendo criado "para a defesa específica contra ato manifestamente ilegal ou inconstitucional que ofenda, frontalmente, direito certo e incontestável". (Mandado de Segurança n.º 726).

Nada mais convincente e lúcido nessa lição em que se define a natureza do direito cabível e o âmbito estreito em que deve mover-se.

Em suma: só a próxima vaga, no quinto do Tribunal, competirá a um advogado, nos têrmos nítidos do preceito constitucional, já que é impossível, sem disposição expressa, dar-lhe efeito retroativo. Só os regimes de fôrça têm interêsse na subversão do passado.