

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 883, DE 2007

Altera dispositivo da Lei nº. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança, da Lei nº. 4.348, de 26 de junho de 1964, que estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança e da Lei nº. 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.

Autor: Deputado Antonio Carlos Mendes Thame

Relator: Deputado Fernando Coruja

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO REGIS DE OLIVEIRA

I - Relatório

O projeto de lei nº. 883/2007, de autoria do nobre deputado Antonio Carlos Mendes Thame, **altera dispositivo da Lei nº. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança; da Lei nº. 4.348, de 26 de junho de 1964, que estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança; e da Lei nº. 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.**

O autor deste projeto pretende **restringir a concessão de liminares em sede de mandado de segurança e de procedimentos cautelares, no que se refere à reabertura ou a manutenção em funcionamento de casas de bingos, jogos eletrônicos e similares, limitando a atuação do Poder Judiciário.**

O deputado Antonio Carlos Mendes Thame defende a adoção de tal medida, para impedir abusos cometidos pelo Poder Judiciário, divulgados em razão de operação realizada pela Polícia Federal, **referente à existência de uma verdadeira “indústria” de liminares para se impedir o fechamento de locais destinados à exploração de jogos de azar ou mesmo para conseguir a sua reabertura após a adoção de medidas administrativas neste sentido.**

O ilustre deputado relator Fernando Coruja **se posicionou favorável à aprovação deste projeto**, nos termos do substitutivo apresentado.

É o relatório.

II - Voto

Apesar de louvável a iniciativa do insigne deputado Antonio Carlos Mendes Thame, com o devido respeito, **entendo que este projeto não pode prosperar, porque é totalmente inconstitucional e injurídico.**

De fato, as medidas alvitradas violam flagrantemente o inciso LXIX, do art. 5º, da Constituição Federal, **que proíbe a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito.**

Art. 5º - ...

Inciso – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. (grifei)

Ao contrário da Constituição do Império e de outras que estabeleciam pré-requisitos para alguém ingressar em Juízo (segundo a Emenda Constitucional nº. 7, de 1977, dando nova redação ao artigo 153 da Constituição Federal de 1967, ditava que o “ingresso em Juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida a garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido”; o Ato Institucional n. 5, de 1969, excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo comando do golpe militar de 1964 etc.), **a Constituição Federal de 1988 estabelece a regra de que o direito de acesso à Justiça, visando a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito, não depende de qualquer procedimento administrativo prévio e não pode ser excluído pela lei.**

O Brasil, portanto, **não adota o chamado contencioso administrativo puro**, no qual um organismo administrativo desempenha funções jurisdicionais sem fazer parte do Poder Judiciário.

Desta forma, os recursos administrativos hoje previstos são opcionais e não obrigatórios. **Foi abolida a instância administrativa de curso forçado.**

O Professor José Afonso da Silva¹, ao analisar o art. 5º, inciso XXXV da CF/88, preleciona que:

“3. DIREITO DE AÇÃO E DE DEFESA. O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo. Não se assegura, aí, apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso LV do mesmo artigo: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

4. APRECIACÃO DO PODER JUDICIÁRIO. O Poder Judiciário aprecia emitindo juízo de valor. “Apreciar” (de “apreço”, valor, dar valor) significa definir o valor de alguma coisa. Quando isso é feito pelo Judiciário, o que se tem é um julgamento, pelo qual se decide o sentido do objeto sob apreciação. Logo, a apreciação pelo Poder Judiciário da lesão ou ameaça de direito se traduz numa decisão que define se houve ou não a lesão do direito, se há ou não a ameaça a direito alegada pela pessoa ou coletividade que recorreu ao Poder Judiciário. É no signo “apreciação” que se centra a garantia individual consubstanciada na norma constitucional. Bem o lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A apreciação não é mera referência constitucional, é direito fundamental individual e coletivo”. Por isso, segundo ela, “a apreciação da lesão ou ameaça a direito alegada pela pessoa e encaminhada ao Poder Judiciário não se aperfeiçoa pela única repetição de uma decisão, independentemente do exame e julgamento de razões e fundamentos alegados pela parte”. Isso ela o disse para mostrar que a súmula vinculante tolheria a apreciação do magistrado no sentido largo previsto constitucionalmente (Cármen Lúcia Rocha, “Sobre a súmula vinculante”, RDA 210/142).

É preciso acrescentar, ainda, que o direito de acesso à Justiça, consubstanciado no dispositivo em comentário, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa. Não fora assim, aquela apreciação seria vazia de conteúdo valorativo.”

Por outro lado, levando em conta a diversidade dos provimentos jurisdicionais a que o exercício da ação pode conduzir, **a doutrina classifica as ações de acordo com o provimento que constitui o pedido.**

¹ **2, JOSÉ AFONSO DA SILVA** in Comentário Contextual à Constituição, 5ª. Ed., Malheiros, 2008, pág.132.

Como o instrumento através do qual a jurisdição atual é o processo, também este recebe nomes distintos, **conforme a natureza do provimento jurisdicional a que tende: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.**

O processo cautelar é um instrumento para gerar eficácia tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução. Isso porque o processo de conhecimento e o processo de execução são, muitas vezes, morosos para resguardar a ampla defesa e o contraditório.

Porém, toda vez que houver risco de gerar ineficácia em qualquer dos dois processos, pode a parte, demonstrando *periculum in mora* e *fumus boni iuris* (plausibilidade), **requerer uma medida de natureza cautelar a fim de evitar a frustração dos efeitos concretos dos outros processos.**

Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na consagrada obra “Teoria Geral do Processo”, ensinam:

“Para que a reintegração do direito por via jurisdicional pudesse ser eficaz e tempestiva, seria necessário que o conhecimento e a execução forçada interviessem instantaneamente, de modo a colher a situação de fato, tal como se apresentava no momento em que a atividade jurisdicional foi invocada. Mas a instantaneidade do provimento jurisdicional de mérito não é possível na prática, porque o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a declaração e a execução reclama tempo: assim, há o perigo de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere de tal modo que torne ineficaz e ilusória o provimento (que pode chegar tarde demais, quando o dano já for irremediável)”.

“Por essa razão, acrescenta-se ao conhecimento e à execução – pelos quais a jurisdição cumpre o ciclo de suas funções principais – uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, que visa a assegurar o êxito das duas primeiras: trata-se da atividade cautelar, desenvolvida através do processo que toma o mesmo nome. Seu objeto é um provimento acautelatório”.

Os renomados autores arrematam:

*“A atividade cautelar foi preordenada para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente,*

como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos”.

Ora, o projeto em discussão, ao pretender eliminar o processo cautelar das questões referentes à reabertura ou a manutenção em funcionamento de casas de bingos, jogos eletrônicos e similares, limitando a atuação dos magistrados, **está violando o sagrado direito à prestação jurisdicional, criando condições para que ocorra dano irreparável, proveniente da inobservância do direito, pela demora da atuação do Poder Judiciário.**

À luz de todo o exposto, voto pela inconstitucionalidade, injuridicidade, adequada técnica legislativa e, **no mérito, pela rejeição do projeto de lei nº. 883/2007.**

Sala da Comissão, em 12 de novembro de 2008.

Deputado Regis de Oliveira