Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves

O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE E A JUSTIÇA DO TRABALHO

Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2008

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves

O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE E A JUSTIÇA DO TRABALHO

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Napoleão Nogueira da Silva.

Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2008

GONÇALVES, Alcione Maria dos Santos Costa

O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Justiça do Trabalho / Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves; orientador: Prof. Dr. Paulo Napoleão Nogueira da Silva. Araçatuba, SP [s.n.], 2008.

122 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO.

1. Constituição; 2. Controle concentrado; 3. Difuso; 4. Juiz do trabalho; 5. Dignidade da pessoa humana; 6. Jurisprudência.

CDD: 341.2

Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves

O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE E A JUSTIÇA DO TRABALHO

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da UNITOLEDO, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: Prof. Dr. Paulo Napoleão Nogueira da Silva

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Araçatuba, ___ de _____ de ____

À memória de minha mãe, minha fã mais incondicional.

A meu pai, nas palavras de minha mãe, meu eterno cúmplice.

A meus filhos, meus ídolos, meus modelos de idealismo.

A meu marido, meu grande amor.

Concebe [a Ciência do Direito], como uma forma de aparição da incessante busca do justo. O direito positivo emana desta busca, a qual continua com base neste mesmo direito positivo. Esta busca, com todas as suas peculiaridades humanas, é seu grande objeto de investigação. Não pode ser absorvida pela jurisprudência, senão que, frente a ela, é o primeiro recurso purificador e seguro, que há de mostrar suas possibilidades e oferecer uma ajuda praticável. Atrás dela, como ocorre em outras disciplinas especializadas, tem de existir uma teoria do direito, que aqui há de ser uma concisa teoria da práxis, entendida em seu mais amplo sentido.

David Viewyg

GONÇALVES, Alcione Maria dos Santos Costa. O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Justiça do Trabalho. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

RESUMO

A presente obra se destina à conclusão do curso de mestrado, cuja área de concentração é Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Trata da Constituição, registrando a divergência histórica entre Constituição formal e material, falando rapidamente da dignidade da pessoa humana como fator primordial do Estado Democrático de Direito, bem como acerca da mutação constitucional. Passa pela hermenêutica constitucional, falando da evolução histórica da hermenêutica jurídica, para depois adentrar ao controle de constitucionalidade em nosso país, iniciando por um breve histórico. Sempre brevemente, fala a respeito do recurso extraordinário, instaurando a discussão de se tratar ou não de uma forma de controle de constitucionalidade e se este é concentrado ou difuso, bem como dos efeitos *inter partes* e *erga omnes*, *ex tunc* e *ex nunc* das diferentes decisões pela Corte Suprema e pelos tribunais e juízes inferiores. Ataca, finalmente, a forma de controle de constitucionalidade pelo juiz de primeiro grau de jurisdição, levando-se em conta sua função de apaziguamento e rearmonização social, o que possibilita a busca da satisfação das necessidades e anseios da pessoa humana individualmente considerada e da comunidade na qual se insere, considerando esta busca um direito fundamental, diante da imprescindibilidade do respeito à dignidade da pessoa humana. Esta obra pretende levar ao cidadão o pensamento na Constituição do Estado em que vive, tornando-a viva, aproximando seu texto frio da vivência social, porque nisso reside a harmonia entre Constituição e povo, que deve imperar em um Estado Democrático de Direito. Para alcançar na plenitude possível o seu objetivo, traz em seu corpo alguma jurisprudência a tratar de assuntos ligados à Constituição e à Justiça do Trabalho – tendo em vista este ser também um direito fundamental à dignidade da pessoa humana – e à maneira como alguns tribunais trabalhistas cuidam das matérias de natureza constitucional que lhes são pertinentes.

Palavras chaves: Constituição; Controle concentrado; Difuso; Juiz do Trabalho; Dignidade da pessoa humana; Jurisprudência.

GONÇALVES, Alcione Maria dos Santos Costa. O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Justiça do Trabalho. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

ABSTRACT

This present workmanship is directed to the conclusion of a master degree course, whose area of concentration is to Provide Jurisdiction in the Constitucional State. It's about the Constitution, registering the historic divergence between formal and material Constitution, approaching very quickly concerning the dignity of the person human being and the constitutional mutation. Afterwards, it deals with the constitutional hermeneutics, it takes car of the historical evolution of the juridical hermeneutics, to go then towards the control of constitutionality in ou country, starting with a brief history. Always briefly, it says about the extraordinary appeal to the Brazilian Supreme Court, instituting a discussion about if it is or not a way of control of the constitucionality and if this is concentrated or diffuse, as well as the effects *inter partes* and *erga omnes*, *ex tunc* and *ex nunc* of the different decisions by the Brazilian Supreme Court and by the inferior Courts and judges. It gets, finally, to the form of control of the constitucionality, by the Judge of the first degree of jurisdiction, takink into account its function of pacification and social re-harmonization, that makes possible the search for satisfaction of necessities and yearnings of the person individually considered human being and the community in wich it is in, considering this search a fundamental right, in the face of the necessity of respect to dignity of the person human being. This job pretends to take to the citizen the thought in the Constitution of the State where it lives, making it alive, approachingits cold text of the social existence, because this is what harmony between constitution and people is about, and that must reign in a rule of law state. To reach in the possible fullness its objective, it brings in its body some jurisprudence to deal with on subjects to the Constitution and to the Labor Court – considering that this is also a fundamental right to the dignity of the person human being – and the way some labor Courts of law take care of subjects of constitutional nature that are appropriate to them.

Keywords: Constitution; Control Concentrated; Diffuse; Labor judge; Dignity of the person human being; Jurisprudence.

GONÇALVES, Alcione Maria dos Santos Costa. O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Justiça do Trabalho. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

RESUMEN

La presente obra destinase a conclusión del mestrado, cuya área de concentración es la Prestación Jurisdiccional en el Estado Democrático de Derecho. Trata de la Constitución registrando la divergencia entre constitución formal y material, abordando rápidamente la dignidad de la persona huamana y la mutación constitucional, así como de la hermanéutica constitucional. Cuida de la evolución histórica de la hermanéutica jurídica, para después adentrar al control de constitucionalidad en nuestro país, iniciando por un breve histórico. Siempre brevemente, habla a respecto del recurso extraordinario, instaurando la discusión de tratarse o no de una forma del control de la constitucionalidad y se este es concentrado o difuso, bien como de los efectos *inter partes* y *erga omne*s, *ex tunc* y *ex nunc* de las diferentes decisiones por la Corte Suprema y por los tribunales y jueces inferiores. Finalmente, ataca la forma de control de la constitucionalidad por el juez de primero grado de la jurisdicción, llevándose en cuenta su función de apaciguamiento y rearmonización social, lo que posibilita la busca de la satisfacción de las necesidades y anhelos de la persona humana individualmente considerada y de la comunidad en la cual se ensere, considerando esta busca, un derecho fundamental, ante la imprescindibilidad de lo respecto a la dignidad de la persona humana. Esta obra pretende llevar al ciudadano, el pensamiento en la Constitución del Estado en que vive, tornándola viva, aproximando su texto frío de la vivencia social, porque en eso reside la armonía entre Constitución y Pueblo, que debe imperar en un Estado Democrático de Derecho. Para alcanzar la posible plenitud de su objetivo, tras en su cuerpo alguna jurisprudencia para tratar de temas ligados a la Constitución y a la Justicia del Trabajo, teniendo en vista este ser también, un derecho fundamental a la dignidad de la persona humana y a la manera como algunos Tribunales del Trabajo cuidan de las materias de naturaleza constitucional que les son pertinentes.

Palabras Clave: Constitución; Control concentrado; Difuso; Juez del trabajo; Dignidad de la persona humana; Jurisprudencia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....11

CAPÍTULO I. CONSTITUIÇÃO E HERMENÊUTICA.....14
1.1 Breves comentários acerca da dignidade da pessoa humana.....17
1.2 As mutações constitucionais.....19
1.3 Hermenêutica constitucional.....23
1.3.1 A hermenêutica tradicional.....23
1.3.2 Um novo olhar, uma nova interpretação da Constituição.....28
1.3.3 A interpretação pluralista e a proposta de Häberle.....30
1.3.4 A interpretação conforme.....33

CAPÍTULO II. AS FORMAS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....37
2.1 Breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil.....37
2.2 O controle concentrado.....49
2.2.1 Controle preventivo e repressivo da constitucionalidade.....49
2.2.1.1 Controle preventivo.....49
2.2.1.2 Controle repressivo.....50
2.2.1.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade51
2.2.2 O efeito vinculante das decisões em controle abstrato ou concentrado da constitucionalidade.....54
2.2.2.1 Breve histórico.....54
2.2.3 Conseqüências do controle concentrado junto ao Senado Federal.....60
2.2.3.1 Conseqüências da inobservância do efeito vinculante.....65
2.3 O controle difuso.....68
2.4 O recurso extraordinário - conceito e cabimento.....69
2.4.1 Conseqüências da decisão em recurso extraordinário.....80
2.5 Dos efeitos *ex tunc* e *ex nunc* das decisões em controle de constitucionalidade.....85

CAPÍTULO III. AS POSSIBILIDADES DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAUDE JURISDIÇÃO TRABALHISTA.....86
3. Recurso extraordinário em matéria trabalhista.....110

CONCLUSÃO.....117

REFERÊNCIAS.....122

INTRODUÇÃO

Como o objeto central deste trabalho é o controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos na Justiça do Trabalho, como já dito desde o título, considera-se por bem iniciar dizendo o que é a Constituição, qual sua força normativa, suas possibilidades de alteração e mutação, tendo sempre em mente que o princípio basilar da República brasileira é a dignidade da pessoa humana, de tal sorte que tudo aquilo que contraria tal princípio, em última análise, opõe-se às disposições constitucionais.

Tendo como ponto de partida sempre o texto constitucional e por conseguinte, o extremo respeito à dignidade da pessoa humana, trata-se da busca da adequação entre a Constituição formal e a real, a fim de harmonizar a vida da sociedade. A seguir, cuida-se da hermenêutica constitucional. Aqui se abordará, sempre brevemente, as formas de interpretação constitucional: a interpretação gramatical, a interpretação aberta, a interpretação conforme, tendo sempre em mente que a harmonização do ordenamento jurídico com a sociedade é um fator facilitador da busca pela satisfação das necessidades e anseios pessoais do homem, não só como ser individualmente considerado, mas por toda uma comunidade.

Adiante, abordar-se-á o controle concentrado da constitucionalidade e suas conseqüências junto ao Senado da República, para a seguir examinar o Recurso Extraordinário, fazendo um brevíssimo histórico deste remédio processual, suas características e conseqüências: trata-se, afinal, de um recurso constitucional que como tal se presta ao controle de constitucionalidade? Em sendo positiva esta resposta, trata-se de controle concentrado – porquanto exercido pela Excelsa Corte, guardiã da Constituição – ou difuso? Ou será ainda que suas conseqüências não chegam a tanto? Ou pior: em muito ultrapassam este limite?

Feito isso, ataca-se o controle difuso da constitucionalidade de leis e atos normativos propriamente ditos, interessando a este trabalho, sobretudo, a efetividade da prestação jurisdicional pelo Juízo de primeiro grau. Afinal, quais os caminhos para o exercício do controle difuso da constitucionalidade? E mais: em que medida isso interessa à Justiça do Trabalho? Este é o problema que se pretende responder neste trabalho, mormente em razão da natureza essencialmente social do direito do trabalho.

Ao tratar deste tema, abordam-se tópicos do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, tendo sido escolhido apenas este Regional, em razão de a autora estar jungida a ele, na magistratura trabalhista que exerce paralelamente à pesquisa científica do direito constitucional.

Para tanto, é de extrema importância a análise da efetividade da prestação jurisdicional de primeiro grau, pois é este juiz de primeiro grau o órgão do Judiciário que mais próximo se encontra do jurisdicionado. Com efeito, na maior parte das vezes, o juiz de primeiro grau é quiçá o único órgão do Poder Judiciário com quem esta pessoa – o jurisdicionado – terá contacto algum dia em sua vida. Verifica-se, na prática, ser quase inalcançável à maioria da população, ao menos cogitar conversar com juízes de Tribunais Federais e do Trabalho, desembargadores e muito menos com ministros dos Tribunais Superiores. Dirigir-se a um Ministro da Suprema Corte, então, nem ao menos é sonhado pela maioria da população!

Daí a extrema importância de se estudar e na medida do possível, fixar o alcance do controle de constitucionalidade possível ao juiz de primeiro grau de jurisdição – àquele juiz da Comarca do interior, que o jurisdicionado encontra no mercado, parado no sinal de trânsito ou na porta da escola, ao buscar seus filhos. Em outras palavras, é o Judiciário palpável, a pessoa comum e por isso aquele que conta com maior grau de confiança da comunidade na qual se insere.

A preocupação desta obra, pois, é dar elementos para que este juiz, preocupado com o bem-estar social e que por isso mesmo conta com a confiança da sua comunidade, possa efetivar a Justiça, ainda que lhe seja necessário analisar a constitucionalidade de dispositivo legal ou normativo. Tratando-se de diploma normativo, pode cuidar-se de uma Portaria Municipal que limite o exercício amplamente garantido pela Carta Política ou de um acordo coletivo de trabalho, no qual se perceba claramente o abuso na fixação de deveres a trabalhadores ou sensível diminuição à proteção prevista pela norma consolidada (CLT).

Mais que ajudar na interpretação da Constituição e das leis, a intenção deste opúsculo é auxiliar os operadores do direito – e até mesmo, por que não? O cidadão comum – a compreender o significado da Constituição de seu país e assim fazer com que o texto constitucional ganhe força real e transforme o que outros denominam "norma programática" em direito real e palpável, fundamental à natureza humana, tanto quanto a busca da própria felicidade, considerando como tal apenas a satisfação de suas necessidades e anseios pessoais por meio de seu próprio esforço.

A intenção deste trabalho, portanto, é dar uma contribuição ao operador do direito na compreensão do alcance do controle difuso da constitucionalidade, mormente na Justiça do Trabalho. Para tanto, é imprescindível uma base teórica, que neste volume tem apenas fôlego suficiente para que o leitor possa compreender do que se fala.

Em meio ao texto, são lançadas algumas jurisprudências extraídas dos Tribunais Regional do Trabalho da 15ª Região e Superior do Trabalho e do Excelso Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO I. CONSTITUIÇÃO E HERMENÊUTICA

O que é uma Constituição? Para que ela serve? Qual sua força, seu alcance?

Em primeiro lugar, é de se ter em mente que "constituição" é ato ou efeito de "constituir" que, por seu turno, é "estabelecer", "ser a base de". Assim sendo, não é demais concluir que a Constituição é o que constitui o Estado, é a sua base. É ela quem limita e delimita a atividade do Estado – ente nascido antes de tudo, na mente das pessoas de dado território – atribuindo-lhe um regramento próprio. Enfim, o Estado tem sua limitação estabelecida pela Constituição, que alguns denominam de "certidão de nascimento do Estado". Assim, repita-se, a Constituição é quem conforma o Estado, no sentido de lhe dar forma, aspecto, limite; e a sociedade – mentora do Estado –, por seu turno, dá contornos à Constituição.

Neste aspecto, Kelsen (2003, p. 125), em todo seu positivismo afirma:

> Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno. Claro, a realidade pode diferir desse tipo ideal. Para dar exemplo de uma das modificações possíveis do curso típico do procedimento de criação do direito: não é necessário que o regulamento, isto é, uma norma geral que emana das autoridades administrativas, se insira (sic) entre a lei e o ato individual, ou ainda, é possível que o regulamento intervenha imediatamente com base na Constituição, e não apenas como execução de uma lei. Mas aqui nos ateremos, em princípio, à hipótese do tipo indicado. [...]
> Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito; o decreto é, também, aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito com respeito à sentença e ao ato administrativo que o aplicam.

Para Kelsen (2003, p. 130), portanto, a Constituição regula a vida do Estado hierarquizando suas normas. Trata-se, assim, de um "princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem".

Em outras palavras, a Constituição, na medida em que registra o nascimento do Estado, dá-lhe sua forma, ao mesmo tempo em que lhe oferta as maneiras de utilização de suas faculdades, limitando o exercício do poder por seus exercentes, em seu próprio texto e na legislação infra-constitucional. Temos, assim, a Constituição escrita (jurídica ou formal) que, na prática, no dia-a-dia da sociedade, exerce sua força coercitiva e sofre, igualmente, a força coercitiva desta mesma sociedade, de tal maneira que conformando o Estado, estabelecendo e regulando as relações de poder e força neste Estado, sofre a influência da sociedade, que na verdade, são os chamados "fatores reais de poder". E estes são os elementos que darão à Constituição sua força normativa, fazendo dela um elemento vivo: a Constituição real tratada por Hesse como aquela que, diferentemente da Constituição escrita (o pedaço de papel de que fala Ferdinand Lassale) é dotada de efetividade. Nesse passo, Hesse (1991, p. 10-11) diz que:

> […] a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real.

De tal sorte que a Constituição real, também chamada "material", aquela que é vivida pela população em geral e que, por assim ser, merece ter prevalência sobre a jurídica ou formal, questiona esta última – a Constituição formal – e o impasse entre o que uma vive e o que outra dispõe é o que aqui se pretende demonstrar e discutir.

Por óbvio, a intenção desta obra não é colocar termo final na discussão, mas apresentar novas inquietações, as quais têm por objetivo levar a todos e a cada um o pensar na Constituição e no seu dia-a-dia de pessoa comum, vivente e sobrevivente sob o manto invisível que agasalha e resfria, ora cômoda, ora insuportavelmente. É essa dicotomia que aqui se pretende analisar, respeitando-a em toda sua riqueza, para que dentro destes

parâmetros se possa dizer o que é conforme a Constituição e o que lhe é dissonante ou inconstitucional.

A Constituição real, aquela materialmente vivida cotidianamente, aquela respirada pelo cidadão onde quer que vá, é a que deve ser acima de tudo respeitada – e ela se faz impor a qualquer custo, ora provocando uma alteração no texto da Constituição formal ou, à míngua desta, uma mutação em sua interpretação, como abaixo discorreremos com mais vagar.

Retornando, pois, ao tema deste capítulo, à Constituição formal como ponto de partida e de conformação do Estado, é de se ter em conta os seus pressupostos de eficácia. É o momento de retornarmos a Hesse (1991, p. 15):

> Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais [de dada comunidade]. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.
> […] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas.

Temos, pois, que a Constituição formal, ao limitar a ação do Estado por meio da ação dos exercentes do poder constituído, impõe-lhes tarefas e só se concretiza como Constituição material ou real, na medida em que estas tarefas são efetivamente realizadas (HESSE, 1991). Em suma, o que aproxima a Constituição formal da material é a presença de seus dispositivos na mente de cada indivíduo e mais que isso: a necessidade de tais disposições. É que na medida em que o povo que compõe o Estado não considere a disposição constitucional necessária, ele não lhe permite eficácia. A completa consonância, portanto, entre a Constituição jurídica e a real se encontra tão próxima quanto a possibilidade da realização do amor entre Romeu e Julieta. Em razão desta distância é que se vêem tantas disparidades entre

normas infra-constitucionais e os dispositivos da Carta Maior. Havendo dissonância entre dois dispositivos, algum deles deve prevalecer – aquele que melhor traduzir os anseios do povo – e é disto que será tratado no último capítulo desta obra.

Não há dúvida de que um problema constitucional, antes de ser um dilema jurídico, é uma peleja política, mormente porque cada setor da sociedade busca maior efetividade da Constituição no ângulo que melhor atenda a sua própria necessidade. Assim, busca realizar a Constituição jurídica conforme o seu próprio anseio, a sua própria necessidade, no afã de a aproximar cada vez mais da Constituição material – que acredita ser a mais próxima da Constituição formal – que melhor atenda a seus anseios e suas necessidades, possibilitando, assim, a manifestação de sua dignidade, na qualidade de pessoa humana. Por considerarmos de fulcral importância tratar da dignidade da pessoa humana, porquanto se trata de princípio fundamental da república, que fundamenta todo o ordenamento jurídico pátrio, abriremos neste ponto um parêntese para dela tratar com o carinho merecido.

1.1 Breves comentários acerca da dignidade da pessoa humana

Nada mais fácil que falar de dignidade. E nada mais complexo, por intrínseco que é este sentimento. A dignidade da pessoa humana é visceral, razão pela qual de tão difícil conceituação. Se para uns se trata de autoridade moral, honestidade, respeitabilidade e respeito a si próprio, não deixa de ser também o sentimento de hombridade que a pessoa humana traz arraigada em cada uma de suas células e em seu próprio espírito.

Diante de tal profundidade de sentimento, ao Estado só resta respeitá-lo e nesta medida, reconhecendo a dignidade de cada pessoa, chegar ao ponto de a fixar como "princípio fundamental" (inc. III, do art. 1º da Constituição Federal), logo abaixo da cidadania (inc. II do

mesmo artigo), dando a entender que a cidadania só pode ser exercida com observância à dignidade de cada um.

A dignidade da pessoa humana, portanto, porque inerente à pessoa humana, à conduta ética do homem em sociedade, é um princípio norteador da sociedade e do Estado, permeando todo o ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito, sendo seu verdadeiro arcabouço. Mesmo porque não se pode perder de vista que o Estado nasceu do Homem para servi-lo, guiá-lo, protegê-lo e acima de tudo, tê-lo como sujeito a quem se destinam os melhores serviços, para a realização do bem comum.

É em razão dessa dignidade intrínseca do homem e do objetivo máximo do bem comum, que ao Estado é atribuída a árdua função de normatizar as relações interpessoais, fazendo-o primordialmente por meio do Estado-Juiz, limitando sua interferência ao essencialmente necessário, a fim de acolher e respeitar o Homem que vive em seu território. Mesmo porque ao não agir desta maneira, o Estado infringe a norma fundante de si mesmo, qual seja, aquelas oriundas do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. E para tornar indelével que é a dignidade da pessoa humana que norteia e realiza o Estado e em conseqüência a própria Constituição da República, a sociedade, com o fim de manter íntegra sua dignidade, faz o possível para aproximar a Constituição jurídica da real, inclusive, gerando novas formas de leitura desta mesma Carta, seja por meio da mutação – que abaixo veremos – seja por meio de uma releitura mais complexa e até mesmo com alteração do texto normativo constitucional – que não é tema de nosso trabalho, razão pela qual aqui nos limitaremos apenas à mutação constitucional e a algumas formas de interpretar-lhe o texto positivado, como a seguir veremos, iniciando com as mutações constitucionais.

Por óbvio, não se pode falar em dignidade da pessoa humana sem tocar no ponto fulcral de qualquer Estado que se pretenda democrático de direito, que é possibilitar a cada cidadão que busque por si só próprio a satisfação de suas necessidades e anseios pessoais.

Muitas vezes, para a satisfação de tais necessidades e anseios, necessário se faz a movimentação de um Poderes da República: o Judiciário. É aqui que pretendemos chegar: como o Judiciário, diante da Constituição e da legislação infraconstitucional pode respeitar esta busca e satisfazer a necessidade de paz social, sem ferir o ordenamento jurídico, máxime quando está em apreciação uma lei ou ato inconstitucional? A fim de responder a esta inquietação é que a presente pesquisa foi realizada e pretende apresentar neste trabalho como dela se livrar.

Para tanto, vejamos inicialmente as mutações constitucionais e breves comentários acerca da hermenêutica constitucional propriamente dita.

1.2 As mutações constitucionais

A Constituição jurídica ou formal é a que, como visto acima, organiza o Estado, estatuindo direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos e ao mesmo tempo, diz como serão prestados os serviços dos poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Nesta medida ela pode ser mais ou menos rígida ou flexível.

Em outras palavras, é ela quem dita os contornos do Estado, o seu perfil (BULLOS, 1997). Exatamente por este motivo, as formas de alteração de seu texto são tão dificultadas nos ordenamentos jurídicos nos quais se têm uma Constituição escrita – e mais ainda, naqueles Estados como o nosso, nos quais a Constituição é por demais rígida. Nestes casos, ainda com mais razão, torna-se mais comum e razoável, a mutação constitucional, quando sem que se realize nenhuma alteração textual, faz-se uma profunda releitura deste mesmo texto, de tal modo que ele se aproxima da Constituição material, compatibilizando-se com a sociedade.

Não se estranhe a utilização da expressão "mutação constitucional" porque ela não é nova, remontando ao séc. XIX, quando Laband detectou profundas modificações na Carta Constitucional Alemã, de forma a fazer com que seu texto (que permanecia inalterado) se moldasse às pretensões que ele denominou de "situação constitucional do império" (*verfassungszustand*), diferenciando *verfassungänderung* (reforma constitucional) de *verfassugswandlung* (mutação constitucional). Este mesmo autor continua dizendo que no início do séc. XX, Hsü Dau-Lin entendeu que "a mutação constitucional é a separação entre o preceito da Lei Suprema e a realidade", constatando a lenta e obstinada modificação constitucional sem nenhuma alteração nos textos respectivos. (BULOS, 1997, p. 54-55)

Continua Bulos (1997, p. 55), citando Georg Jellinek:

> Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da Constituição, entendo a codificação que deixa indene seu texto, sem modificá-lo formalmente, que se produz por fatos que não têm que ir acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação.[1]

Tratando ainda das mutações constitucionais, Jorge Miranda, também citado por Bulos (1997), na mesma obra, prefere a expressão "vicissitude constitucional" e Canotilho, por seu turno, prefere "transições constitucionais", ao se referir a esta "revisão informal", qual seja, aquela que a par da inexistência de alteração formal, textual, ocasiona profunda alteração no sentido material da norma constitucional.

Nesta singela obra, preferir-se-á o termo "mutação constitucional" por estar mais afeto ao dia-a-dia do operador do direito nacional e a intenção deste trabalho é fornecer base teórica a este operador.

Temos, assim, que a mutação constitucional oferece uma alteração de natureza real e não necessariamente jurídica na Carta constitucional. Em outras palavras, são mudanças

[1] *Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la codificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.*

difusas, espontâneas e por este motivo, muitas vezes despojadas de sistematização jurídica ou doutrinária. Ocorrem com muito mais freqüência em Cartas constitucionais rígidas como a nossa, com poucas e dificultosas maneiras de se modificar o seu texto. É que a dinamicidade da sociedade faz com que se alterem as condições fáticas em um ritmo bem mais acelerado que o do direito positivo, modificando a forma de interpretação daquele texto que se tornou vetusto ou obsoleto. Desta forma, a sociedade provoca a readequação da Constituição formal à Constituição material, exsurgindo daí a força da Constituição construída no dia-a-dia de uma sociedade.

Ao falar de quão dinâmicas são as alterações da sociedade, retorno a Bulos (1997, p. 72-73):

> Ora, se as constituições, para serem (sic) socialmente eficazes, observadas e cumpridas na prática, devem corresponder, ao menos em sua essência, a esses fatores reais do poder – os quais sempre variam, evoluem, modificam-se através das transformações e do progresso –, é evidente que os textos supremos devem seguir o ritmo das mudanças sociais.
> […]
> Nesse ínterim, a *efetividade* de uma norma constitucional repousa na sua capacidade de enquadrar e fixar, na ordem jurídica, as vontades e as instituições menores que a sustentam, as quais devem corresponder às forças sociais, políticas, econômicas, morais e religiosas existentes no grupo social. (destacado no original)
> Se, ao contrário, a base constitucional assentar-se em poderes fictícios, sem raiz histórica precisa, procurando impor idéias e interesses minoritários, a Constituição torna-se mero arcabouço formal, sem qualquer (*sic*) utilidade prática.

A mutação constitucional pode dar-se também, como defende Sbrogio'Galia (2007, p. 102-103), a partir da interpretação ao texto da Carta Maior feita pelos órgãos de Poder do Estado (Executivo, Legislativo ou Judiciário), e:

> [...] pelos demais segmentos sociais participantes da exegese constitucional (interpretação não-orgânica), que, de forma direta ou indireta, complementam, desdobram e tornam efetivas as normas constitucionais. Assim entendido, os diferentes métodos interpretativos, considerados os limites da sua atuação, podem conduzir, em maior ou menor amplitude, a alterações de significado, sentido e alcance das disposições constitucionais, sem que advenha alteração na letra do respectivo texto.

Merece uma breve explicação, o que a autora denomina "interpretação não-orgânica". Esta é a interpretação realizada pelos órgãos não institucionais aptos a realizar a interpretação do texto legal ou constitucional, como, por exemplo, aquela desenvolvida pela doutrina e pelos operadores do direito de maneira geral.

Mais adiante, a mesma autora (2007, p. 104-105) faz ponderações acerca das mutações constitucionais oriundas de interpretação da Carta Maior pelo próprio Poder Judiciário, onde leva à conclusão de que a mutação constitucional provocada pelos juízes, na verdade, presta-se a aproximar a Constituição formal da real, senão vejamos o que ela diz:

> É por meio destes [poderes constituídos] que os valores, que remetem às mudanças sociais, são permeados ao plano jurídico, e operam não só o escopo da mudança jurídica, mas a própria realização das diretrizes normadas da Lei Fundamental, na sua tarefa de condicionamento de condutas, voltada à estabilidade, e, sobretudo, no seu mister de manter a conexão entre a Constituição formal e a realidade constitucional. Se a inclinação humana reflete um constante devir, do que é conseqüência a dinâmica social, a função constitucional, nesse ponto, deve permitir a permanente atualização do texto, sem engessá-lo, nem torná-lo imune a modificações de sentido. Aqui reside a relevância da atuação dos poderes constituídos, intérpretes do texto da Lei Maior, no processo de mudanças informais da Constituição.

É inegável, portanto, que à rigidez da Carta se opõe diametralmente a flexibilidade social e – repita-se, por necessário – a necessidade inexorável, inafastável, da satisfação das necessidades pessoais pelo cidadão – a que alguns chamam de "felicidade" e cujo termo por mim é particularmente preferido, mas que nesta obra deixarei esquecido a fim de evitar discussões vãs e que refogem ao tema central da obra, qual seja, o controle difuso da constitucionalidade –, por seus próprios e lícitos meios. E nisso não há Constituição que possa pôr freio: na incessante busca da plena satisfação de suas necessidades individuais, a pessoa humana utiliza todos os meios a seu alcance, ainda que para isso seja necessário dar uma nova nuance a um texto constitucional já desbotado, quase desprovido de cor, em completa dissonância da realidade social da Nação. E como visto, isso se produz não só pelos próprios Poderes do Estado, mas não raramente – quase ouso dizer: principalmente –, à sua revelia.

É que para que se realize o bem-estar social e cada um possa efetivamente satisfazer suas necessidades e anseios individuais, é primordial que a Constituição jurídica se aproxime cada vez mais da real, conforme pregado por Hesse (1997) e para que pelo menos se tente efetivar esta aproximação, é que as mutações constitucionais ocorrem cada vez com mais freqüência, porquanto sabido por todos que o direito anda sempre atrás da sociedade e a ela deve adequar-se diuturnamente, fazendo da Constituição uma letra viva.

Por fim, não se tratou da mutação constitucional no capítulo destinado à hermenêutica constitucional porque como dito acima, aqui não se cuida necessariamente de uma forma estruturada, intencional, de alteração do texto constitucional pela interpretação que se lhe dá apenas de maneira científica, como nos casos de interpretação sob as regras fixadas pela hermenêutica jurídica, pelos operadores do direito *stricto sensu* considerados.

Assim, neste capítulo se esgota o que se tem a tratar a respeito da mutação constitucional e que uma vez mais será só o estritamente necessário para que se compreenda a razão primeira deste trabalho: o controle difuso das leis e atos normativos.

Vejamos a seguir alguns tópicos importantes a tratar de hermenêutica constitucional.

1.3 Hermenêutica constitucional

1.3.1 A hermenêutica tradicional

Neste trabalho, pouco nos interessa se há ou não diferença entre hermenêutica e interpretação, porquanto no particular, os doutos divergem. Como já esclarecido de início, esta é uma obra que não tem a intenção de esgotar o assunto, mas apenas colocar uma pitada a mais de sal na discussão que envolve o aspecto de constitucionalidade de leis e atos

normativos, limitando os aspectos históricos ao estritamente necessário à boa compreensão do texto.

No entanto, para que não se fale que nada foi dito a respeito, a interpretação atribui um significado a um significante. Em outras palavras, interpretar, no sentido que nos interessa, é atribuir sentido lógico a um texto normativo. Equivale dizer que a interpretação atribui significado aos símbolos, como diz BASTOS (2002, p. 28), enquanto que para Emilio Betti, citado pelo mesmo autor e obra, hermenêutica "é uma ciência do espírito que engloba o estudo da atividade humana de interpretar." De tal sorte que para este autor, a interpretação se dá de acordo com regras de hermenêutica, as quais por sua vez têm sua fonte no próprio espírito humano. Partidários deste entendimento, Carlos Maximiliano e Limongi França, *apud* Bastos (2000, p. 32), não deixam dúvidas de que: "A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais".

Outrossim, juristas do quilate de Miguel Reale apud Bastos (2000, p. 33) afirmam:

> [...] parece-me destituída de significação a antiga distinção entre "hermenêutica", como conjunto de processos ou regras de interpretação, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins.

Fiquemos, assim, com a opinião do mestre Miguel Reale e não nos importemos, neste trabalho, com possíveis distinções entre interpretação e hermenêutica, de maneira tal que aqui se poderá utilizar ora uma, ora outra expressão.

Em razão de as normas constitucionais pairarem absolutas sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, surgiram diferentes formas de se as interpretar, mormente porque a interpretação meramente gramatical muito raramente é suficiente. É que pela concisão necessária ao texto constitucional, não é uma raridade termos ambíguos, não unívocos e que exatamente por isso transcendem a interpretação gramatical, não prescindindo de algo que vá

além. Este "ir além" pode significar a mera atenção aos princípios constitucionais – acima de tudo à dignidade da pessoa humana, porque este, sim, permeia todo ordenamento jurídico-social de um Estado democrático de direito. É a dignidade da pessoa humana que traz a fixação dos fundamentos da República e que faz com que entre dois preceitos constitucionais, entre dois princípios fundamentais que informem a Constituição seja um deles escolhido para sobrepujar o outro. E isso se faz por respeito à razoabilidade – ou como se encontra mais em voga – utilizando-se o princípio da proporcionalidade, com eqüidade.

Como disse, a dignidade da pessoa humana permeia todo o ordenamento jurídico e como tal, é a base para a interpretação dos textos legais e constitucional. De tal sorte que assim delimitada, a interpretação constitucional não prescinde da eqüidade como fator de justiça. Porque a interpretação constitucional não pode olvidar-se do axioma da justiça, sob pena de ferir direito fundamental constitucionalmente garantido.

E qual é o objeto da interpretação constitucional? Qual sua função? Mais: quem são os intérpretes da Constituição?

O objeto primeiro da interpretação constitucional, por óbvio, é o próprio texto constitucional, considerando-se a Constituição em todo o seu conjunto: direitos e deveres do cidadão, limites do Estado e dos exercentes de poder deste Estado etc.

Tem por função oferecer o mais fiel cumprimento da intenção do legislador constituinte original ou derivado. O primeiro intérprete da Constituição, na qualidade de seu guardião maior é o Excelso Supremo Tribunal Federal, que quando da elaboração da Carta de Outubro, cogitou-se ser Corte Constitucional – o que não logrou êxito, como vemos em nossos dias.

Historicamente falando, a primeira tentativa de interpretação legislativa foi a escola exegética, nascida por ocasião do Código de Napoleão, cuja característica era o extremo positivismo, o legalismo em todo seu esplendor.

Com a evidente insuficiência de tal tipo de interpretação, não tardou seu esquecimento, surgindo a escola histórica, fundada por Friedrich Carl Von Savigny, já em meados do séc. XIX. Esta via o Direito como fruto da história de um povo, de tal sorte que a interpretação da lei não poderia olvidar-se do movimento histórico ocorrido até sua edição e aplicação. Ainda aqui não era permitida nenhuma forma de criação, mas interpretação pura e simples, sopesando-se os fatores históricos e os textuais da lei sob interpretação. Interessante notar a mudança de posicionamento de Savigny no início do séc. XIX, pois até então pregava a necessidade de se determinar o sentido da lei em sua forma textual, gramatical. Buscava Savigny, naquela oportunidade, o significado gramatical da lei *(mens legis)*. No entanto, na segunda década do séc. XIX, passou a buscar a compreensão da intenção do legislador *(mens legislatoris)* ao editar aquele texto. Interpretar, para ele, então, passou a ser buscar a intenção subjetiva da lei ou em outras palavras, tentar entender qual a intenção do legislador quando pensou aquele texto normativo e, principalmente, quando consentiu na sua edição.

Ferraz Júnior *apud* Peixinho (2003, p. 27-28) expõe que as duas teorias são passíveis de críticas, dizendo que o subjetivismo levado "ao extremo exagerado, favorece um autoritarismo ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo", enquanto que o objetivismo igualmente exacerbado.

> [...] redundaria em um certo anarquismo, ao estabelecer "o predomínio de uma eqüidade duvidosa do intérprete sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador na elaboração do direito para o intérprete, ainda que intérprete legalmente constituído".

A seguir, a França dá novo passo na evolução da hermenêutica enquanto ciência jurídica, por meio da chamada "investigação científica", cujo principal defensor era François Geny, morto em 1959. Ele defendia que se utilizasse tal método apenas após se mostrasse vã a tentativa de interpretar a vontade do legislador manifestada no texto legal, no afã de integrar o direito, realizando a justiça no caso concreto. Para tanto, ele deve conhecer a ciência pregada por Diniz (1988, p. 58), que apregoa:

> [...] o domínio da ciência é o conhecimento objetivo das realidades sociais que fornecem ao Direito, sua matéria social, que é dada. Logo, o jurista não a pode criar nem modificar, mas apenas aplicar-lhe a sua técnica, que constitui, nessa teoria, o campo da ação criadora.

Neves *apud* Peixinho (2003, p. 32), defendendo que "não há uma interpretação gramatical, uma interpretação histórica etc, mas um elemento gramatical, um elemento histórico etc, de uma única interpretação". De tal sorte que para ele não há que se cogitar em "métodos de interpretação", mas em "elementos" para efetivação desta mesma interpretação. Assim sendo, a interpretação do texto legal deve levar conta elementos gramaticais, históricos, sociológicos, axiológicos etc, de forma a tornar justo o texto em análise ou sob aplicação em um caso concreto. Isso tudo, obviamente, sem perder de vista a necessidade de adequação desta interpretação a todo o contexto do ordenamento jurídico, em um elemento de interpretação sistemática. Afinal, deve haver harmonia em um ordenamento jurídico, pois sem ela, não há satisfação de necessidades individuais que possa ser buscada.

A harmonia em um ordenamento jurídico só pode ser alcançada quando a interpretação dos seus textos legal e constitucional leva em conta os princípios da razoabilidade normativa, sopesando os interesses de forma a observar, quando necessário, a proporcionalidade na defesa de cada um dos interesses ou princípios a ser defendidos no exato momento de sua colisão, tendo sempre em mente o quão soberano é o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República brasileira. Esta é a função primordial da interpretação constitucional: harmonizar o ordenamento jurídico, de sorte a respeitar os princípios e fundamentos por ela própria traçados, na eterna e incansável busca da paz social.

Com efeito, um dos maiores dilemas da interpretação constitucional reside exatamente no sopesamento de direitos ou princípios fundamentais postos em conflito e na forma de dirimir esta celeuma. Daí a necessidade da interpretação do texto constitucional de maneira mais ampla e flexível, de tal sorte que possa conduzir os opositores à rearmonização do respectivo viver, porque a função primordial da Constituição, ao traçar os limites do

Estado, é permitir que a sociedade que o criou possa viver em harmonia, exercendo soberanamente seus direitos e desejos.

Neste aspecto, Pereira, (2006, p. 190) pondera que o problema derivado da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas não é nada mais que um reflexo da conjuntura que envolve os poderes do Estado e os limites e possibilidades da Constituição na qualidade de instrumento de transformação social. E arremata:

> O constitucionalismo representa a transposição para o plano jurídico do projeto de emancipação da modernidade. As constituições modernas têm o propósito de estabelecer e efetivar certos parâmetros de *justiça*, sendo os direitos fundamentais, nesse contexto, o instrumento por excelência de implementação dos valores constitucionais. (destacado no original)

É extreme de dúvidas, portanto, que o modelo constitucional que se busca é aquele que atenda aos anseios da população, do povo, como elemento constitutivo do Estado, mormente em observância à dignidade da pessoa humana. E, sendo a Constituição a certidão de nascimento deste Estado, não pode afastar-se do cidadão. Impossível, assim, não surgisse um novo olhar sobre a Constituição e, por conseguinte, uma nova forma de se a interpretar.

1.3.2 Um novo olhar, uma nova interpretação da Constituição

Para falar deste novo olhar, desta nova interpretação, inicio citando o artigo "O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro", escrito por Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2006, p. 332), ao dizerem que a nova interpretação constitucional tem fulcro no conteúdo mesmo das cláusulas constitucionais em sua essência. Em suas palavras, nas:

> [...] cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos

> do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Trata-se, portanto, de se observar a norma constitucional, doravante, como um ser vivo, apto a influenciar a vida das pessoas e como ser vivo que é, sofrer igualmente a influência desta mesma sociedade, de forma quase simbiótica. De tal sorte que hodiernamente se observa entre a Constituição e o cidadão, uma relação que deve ser mutuamente vantajosa entre ambos, pois aqui se cuida de dois organismos vivos de espécies diferentes, como no conceito trazido pela biologia. Sim, pela biologia e de espécies diferentes, sim, porquanto enquanto uma é norma, outro é fato e a aproximação da norma e do fato é que permite a valoração de ambos pelo intérprete, realizando a justiça, sem jamais olvidar-se do direito fundamental à harmonia e à plena satisfação das necessidades e desejos pessoais, bem como dos princípios que norteiam o Estado democrático de direito, máxime a dignidade da pessoa humana. Estes, por seu turno, tendem igualmente à realização fática da harmonia social. É exatamente neste ponto que se torna impossível deixar de falar de Häberle (1997) e sua fantástica fábrica de intérpretes das normas constitucionais – com a permissão que a arte possa dar ao jurista.

Com efeito, até aqui tratamos da interpretação efetivada pelos operadores do direito *stricto sensu* considerados, quais sejam, os juristas em geral, os juízes e tribunais regionais e superiores, no que Häberle (1997, p. 12), citando Ehmke chamou de "sociedade fechada" dos intérpretes da Constituição, porquanto considerava-se que apenas os órgãos estatais e as "potências públicas" poderiam interpretá-la validamente. Häberle (1997), porém, demonstra a existência de um outro tipo de interpretação, da qual trataremos abaixo – aquela realizada no dia-a-dia de cada cidadão, no que ele denominou "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição".

1.3.3 A interpretação pluralista e a proposta de Häberle

Este autor (1997, p. 13) não admite a possibilidade de interpretação do texto constitucional apenas pelos legitimados a fazê-lo pelo texto positivado da norma constitucional, "[...], não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição".

No seu dizer (1997, p. 13-14):

> [...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la […]. Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. […] Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público **e a opinião pública** (…) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreten*).

Neste sentido, defende Häberle (1997), o cidadão, porquanto destinatário da norma, participa ativamente da sua interpretação, na medida em que ela a ele se dirige e ele a cumpre de sua maneira, interpretando-a conforme sua capacidade intelectual e sua própria realidade social, muitas vezes sem consciência de que o está fazendo. Desta maneira, o cidadão faz a intermediação entre o Estado e a sociedade.

Particularmente, considero imbatível o argumento trazido pelo autor (1997, p. 30-31) aqui em apreço, senão vejamos:

> A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a conseqüência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. […]
> Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis **não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais** da Constituição.

Muito embora Häberle (1997, p. 33) reconheça a legitimação dos juízes para a interpretação constitucional, defende que quanto mais amplo for o círculo dos intérpretes da Constituição, mais chances ela terá de se aproximar da realidade social. É que a Constituição, na medida em que estrutura o Estado e dispõe acerca da organização sociedade "não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos".

Nesta medida, tornamos aqui ao efeito simbiótico entre Constituição e sociedade, com uma influenciando reciprocamente a outra, resultando em ganhos para ambos os lados, porquanto a aproximação da letra fria e morta com a sociedade viva e pulsante torna a Constituição igualmente viva e pulsante. Ao assim se tornar viva e pulsante, provoca a sociedade, que a interpreta e vivifica num incansável processo de harmonização entre Constituição, Estado e povo, fortalecendo a soberania como elemento constitutivo do Estado.

Há, todavia, um posicionamento do autor (1997, p. 43) aqui analisado que não pode passar despercebido nem mesmo ao mais desatento dos leitores. Transcreve-se aqui, pedindo-se vênia para tanto:

> A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentichkeit und Wirklichkeit),* as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, **que antecedem os textos constitucionais** ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.

Equivale, pois, dizer que o povo que vive sob determinado Estado influencia sobremaneira a efetivação do texto constitucional e sua influência é tal que tem ele o poder de interpretar a própria Constituição à sua maneira, em absoluta conformidade a sua vivência pessoal em comunidade. É esta interpretação que dá efetividade à norma constitucional, tornando a Constituição uma parte integrante da sociedade e como tal, válida e eficaz aos fins de estabelecimento de poder dentro do Estado, delimitando validamente os contornos e

entornos deste mesmo Estado, respectivamente na medida em que estabelece o seu perfil e território.

É despiciendo tratar da limitação territorial dos ditames constitucionais, sendo, todavia, fulcral, observar o perfil do Estado desenhado por nossa Constituição. Com efeito, o Preâmbulo de nossa Carta Maior desenha desta forma o perfil da República Federativa do Brasil:

> Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias […]

Tenho defendido que o preâmbulo da Constituição da República, posto que não disponha de força normativa é de coerção inegável, subsumindo o próprio texto da Carta Constitucional. Nem poderia ser diferente, na medida em que preambular é aquilo que antecede o caminhar (do latim: *pre* – aquilo que antecede; *ambulare* – caminhar). Ora, o que antecede o caminhar é o estabelecimento da rota. Destarte, o preâmbulo da Constituição é o ente que delineia o caminho a ser seguido pela própria Carta Política – que qual no nosso caso, recebeu o apelido carinhoso de "Carta Cidadã" e que inelutavelmente aponta para um Estado democrático de direito e como tal, fadado a se curvar diante da Carta Política, declinando de seus anseios de poder em prol da limitação imposta pela Carta, a fim de harmonizar os poderes da República, vez que o perfil traçado pela *Lex Major* é de profundo respeito ao cidadão e de harmônica independência dos poderes que compõem a República.

Retornando a Häberle (1997) e encerrando o tópico, temos uma vez mais corroborada sua tese de que a Constituição se faz na prática, no dia-a-dia de cada pessoa, que a interpreta da sua maneira e da mesma forma, consolida o perfil do Estado, estabelecido desde o preâmbulo de nossa Carta Política.

1.3.4 A interpretação conforme

Este tipo de interpretação é, sem dúvida nenhuma, o que melhor reconhece a hierarquia das leis e a absoluta supremacia dos mandamentos constitucionais, possibilitando a harmonização do ordenamento jurídico, de forma que a lei infraconstitucional seja sempre aplicada em conformidade com o texto constitucional ou com a sua melhor interpretação. De tal sorte que a lei, subsumindo-se à Constituição, deve ser interpretada **sempre** em consonância a esta.

Jorge Miranda *apud* Peixinho (2003, p. 109), afirma que este tipo de interpretação é acima de tudo: "[...] um procedimento ou regra própria da fiscalização da constitucionalidade, que se justifica em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos".

A razão disso é como dito acima, prova de que existe uma hierarquia entre as leis e a Constituição paira absoluta sobre todo o ordenamento jurídico, que a ela deve adequar-se diuturnamente. Assim, o sentido da norma deve ser sempre buscado em consonância com o querer constitucional.

Nem é preciso dizer que a interpretação conforme mantém a lei eivada de inconstitucional no ordenamento jurídico, sem nenhuma alteração em seu texto, bastando que a ela seja dada aquela referida interpretação dada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, por ser a que mais se coaduna com a vontade estabelecida na Constituição formal, compatibilizando desta maneira, ambos os textos – o constitucional e o legal, que ao primeiro se subsume.

Não se pode, porém, afirmar que a interpretação conforme se equipara à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, pois como ensina Mendes (2000, p. 54-55), isso pode aplicar-se tão-somente à interpretação realizada pelo Excelso Supremo Tribunal

Federal, enquanto Corte constitucional, mas jamais aos demais tribunais, que para tanto deveria reunir o respectivo Pleno.

> Portanto, se essa equiparação parece possível no controle abstrato de normas, já não se afigura isenta de dificuldades a sua extensão ao chamado controle incidental ou concreto, uma vez que nesse caso, ter-se-ia de conferir, também no âmbito dos tribunais ordinários, tratamento especial à interpretação conforme à Constituição.

E mais, continua o Ministro, a interpretação conforme, por tribunais ordinários, por si só, não exclui a possibilidade de interpretação distinta daquela efetuada, de tal sorte que a este tribunal não compete dizer que outra interpretação do texto analisado seja inconstitucional, pois esta competência cabe unicamente ao Supremo Tribunal Federal.

Outro óbice a que se considere esta interpretação como equivalente a uma declaração de inconstitucionalidade é que as decisões dos tribunais e juízos inferiores não contam com a força vinculante daquela da Corte Suprema. Por certo isso não impede que os tribunais ordinários e juízes de primeiro grau de jurisdição, ao se depararem com uma alegação de inconstitucionalidade de determinada norma ou ainda com a necessidade de aplicação desta, realize, no caso concreto, uma interpretação conforme à Constituição. Equivale dizer que a decisão ali exarada – de aplicação ou não da norma no caso *sub examen* – terá seus efeitos limitados às partes em litígio, não transcendendo o feito no qual é proferida. Esta decisão repita-se, ainda que aplique a norma questionada com determinada interpretação, não declara a inconstitucionalidade de outras interpretações possíveis, porquanto esta é pertinente apenas e tão-somente ao Excelso Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição Federal.

Canotilho (2003, p. 1310) ensina que como advinda do princípio americano de aplicação das leis *in harmony with the Constitution*, a interpretação conforme à Constituição, na verdade, representa um *favor legis* quando se posta diante de uma lei interna ou *favor conventionis*, quando o objeto em análise é uma convenção internacional. Para ele isso

significa apenas que uma norma não deve ser considerada inconstitucional enquanto houver a possibilidade de ao menos uma interpretação conforme a Constituição Federal. A finalidade de tal interpretação, portanto, não é poupar a lei; o mestre português nela reconhece antes "[...] um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa de que um simples princípio de conservação de normas", comportando limites jurídico-funcionais, lá idênticos aos daqui, já comentados acima, sendo inadmissível a revisão do conteúdo da norma. E citando Cardoso da Costa, aduz:

> A interpretação conforme à Constituição tem, assim, os seus limites na "letra e na clara vontade do legislador", devendo "respeitar a economia da lei" e não podendo traduzir-se na "reconstrução" de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto.

Equivale dizer que o mestre português defende que a interpretação conforme à Constituição não pode transcender o texto normativo, atribuindo-lhe uma interpretação dissonante da *mens legislatoris* ali retratada. Ou seja, não se pode, com o mero intuito de não retirar do ordenamento jurídico nacional determinada norma, atribuir-lhe um sentido que sua letra não admitiu como possível, senão vejamos o que o autor (2003, p. 1311-1312) nos traz:

> Se a interpretação conforme a Constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei. Por outras palavras: a interpretação conforme a Constituição deve respeitar o texto da norma interpretanda e os fins prosseguidos através do acto normativo sujeito a controlo. […] Mais explicitamente pergunta-se se esta complementação jurídica em conformidade com a Constituição poderá revestir a forma de **interpretação correcta da lei conforme a Constituição.** A interpretação correctiva justifica-se pela prevalência das normas e princípios constitucionais, mas deve, num Estado de direito democrático, salvaguardar a liberdade de conformação do legislador. Não se pode transformar a conformação legislativa numa heteroconformação metódica imposta ao próprio legislador.

Temos, assim, que a interpretação conforme à Constituição não pode extrapolar os limites estabelecidos pelo próprio texto normativo, que não deve ser poupado, em caso de dissonância com o texto constitucional, na medida em que a interpretação conforme não tem o condão de alterar a letra da norma, tampouco o de extirpá-la do ordenamento jurídico. Em

outras palavras, a interpretação conforme deve limitar-se a harmonizar com a Constituição, em obediência à hierarquia jurídico-legal, o que for harmonizável, sem conflitar com a intenção original do legislador. É que na medida em que haja conflito entre o texto normativo e o constitucional, por evidente, há de prevalecer o da *Lex Major*. Não sendo isso possível de harmonização por meio da interpretação conforme, a norma deve ser submetida ao controle concentrado de sua constitucionalidade e, caso reconhecidamente inconstitucional, deve ser extirpada do ordenamento jurídico.

A interpretação conforme, portanto, não se presta a manter no ordenamento jurídico uma norma inconstitucional, mas a preservar aquela que possa sofrer harmonização com os princípios e o mandamento constitucional sem que isso resulte em padecimento de sua intenção original, caso em que deverá ser submetida ao controle abstrato de sua constitucionalidade.

CAPÍTULO II. AS FORMAS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil

Muito embora a Constituição do Império não vislumbrasse a possibilidade de controle de constitucionalidade, ela não é nova no Brasil. Vejamos um breve histórico.

A Constituição do Império, de **1824** não trazia previsão de controle de constitucionalidade, pois se entendia que só o legislativo é depositário da vontade do legislador. O Parlamento era soberano. No entanto, o Imperador, no exercício do Poder Moderador[2], poderia intervir em qualquer outro Poder, inclusive no legislativo, conforme os seus critérios de oportunidade e conveniência. Era sua a última palavra, inclusive, acerca da constitucionalidade de uma lei ou qualquer outro ato normativo. O Imperador podia, até mesmo, suspender magistrados em casos de recaírem queixas sobre eles, na forma estabelecida pelo art. 154, daquela Carta[3].

O objetivo do Poder Moderador era, entre outros, manter a harmonia entre os poderes do Estado.

Antes mesmo da primeira Carta republicana, em 1890, foi editado em 11 de outubro, o Decreto 848, criou a Justiça Federal e previa, por inelutável influência do instituto do judicial review americano, o controle da constitucionalidade das leis pelo Juiz Federal[4], então chamado "juiz de secção" – hoje denominado "controle difuso".

---

[2] Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

[3] Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os [os magistrados] por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei.

[4] Art. 3º. Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte.

Art. 15. Compete aos juizes de secção processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a acção ou a defesa em disposições da Constituição Federal, ou que tenham por origem actos administrativos do Governo Federal;

Comentando-o, disse o então Ministro da Justiça Campos Sales:

> [...] A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica.

No entanto, o controle assim estabelecido não logrou êxito, pois era necessária a ocorrência de um fato concreto a fim de que fosse argüida a inconstitucionalidade por uma das partes, por meio de exceção. Esta era a única forma de o Juiz manifestar-se a respeito dela.

Com efeito, em um país com enorme extensão territorial e população basicamente rural e analfabeta, com quase nenhum acesso ao Judiciário, a disposição era quase inócua.

A Constituição de 1891 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos onde se argüia a inconstitucionalidade de lei federal ou estadual, conforme §§ 1º e 2º do art. 59[5], permanecendo na Carta Política a possibilidade do controle difuso (art. 60[6]), conforme estabelecido pelo precitado Decreto 848/1890. Surge, assim, um incipiente controle concentrado, inaugurando em nosso ordenamento jurídico a forma mista de controle – até então apenas repressivo – da constitucionalidade das leis e atos normativos.

---

[5] Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[…]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

[6] Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

[…]

Mais adiante, em **1894,** o § 10, do art. 13, da Lei nº 221[7], que tratava da constitucionalidade de leis e regulamentos, atribui também aos juízes a competência para a análise da aplicação ou não da norma ao caso concreto. Uma vez mais, firma-se no ordenamento jurídico nacional, o controle difuso, mantendo-se a legitimidade direta do ofendido ou de seus representantes legais ou sucessores civis. Evidente, ainda, a influência norte-americana do *judicial review.* Novamente, a medida se mostra inócua, pelos mesmos motivos já expostos.

A Carta Política de **1934** dispôs, no art. 179 daquela Carta[8], que a inconstitucionalidade deveria ser declarada por metade mais um dos membros do Tribunal. Ato contínuo, a lei tinha imediatamente suspensa a sua execução pelo Senado da República, atribuindo-se efeito *erga omnes* às decisões do Supremo. Ao Tribunal, porém, era defeso conhecer de matéria política. Esta Carta afastou a incipiência do controle concentrado da Carta de 1.891 e consolidou de uma vez por todas em nosso ordenamento jurídico, o controle de constitucionalidade da lei em tese – o chamado controle abstrato ou concentrado como hoje conhecemos –, conforme se vê na alínea "c" do inc. III, do art. 76[9] daquela Carta Constitucional, que se tornou conhecida como **representação interventiva**. Tal se destinava à proteção dos "princípios constitucionais sensíveis", assim considerados aqueles descritos em

---

[7] Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 1º As acções desta natureza sómente poderão ser propostas pelas pessoas offendidas em seus direitos ou por seus representantes ou successores.

[…]

§ 10 - Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

[8] Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

[9] Art 76 - A Corte Suprema compete:

[…]

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

[…]

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

seu art. 7º, quais sejam: a forma republicana representativa, a independência, harmonia e coordenação dos poderes e a temporariedade das funções eletivas.

Para tanto, o Supremo deveria ser provocado unicamente pelo Procurador Geral da República, após a aprovação da lei de intervenção pelo Senado. Assim, a intervenção no Estado-membro só se dava após a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, cuja argüição cabia exclusivamente ao Procurador Geral da República. Themístocles Brandão Cavalcanti *apud* Silva (2000, p. 81) anotou que:

> [...] o objeto de seu julgamento "não seria o ato do governo estadual em face da Constituição, mas a legitimidade da intervenção decretada pelo Congresso, em face da mesma Constituição. O que se procurou corrigir foi o excesso do poder federal e não o ato do governo estadual".

Assim sendo, declarada a inconstitucionalidade do ato ou da lei estadual pelo Supremo Tribunal Federal após ser instado pelo Procurador Geral da República e não sendo revogados estes atos pelo próprio governo estadual, inexorável seria a intervenção no Estado-membro.

A Carta de **1937**, outorgada pelo Presidente da República, elaborada secretamente pelo Min. Francisco Campos, não trouxe alteração substancial no sistema de controle difuso da constitucionalidade. Esta Carta, como frisa Silva (2000, p. 79) jamais entrou efetivamente em vigor, pois não se subsumiu ao plebiscito previsto em seu art. 187 e durante sua "vigência" o parlamento nunca funcionou.

No sistema concentrado, por sua forma "semântica", que servia apenas para legitimar o poder como exercido pelo chefe do executivo nacional, se o Presidente da República considerasse necessário, a lei voltaria ao Parlamento para ter confirmada sua validade por 2/3 (dois terços) de cada Casa Legislativa (art. 96[10]). Esta Carta, ainda, acabou com a

[10] Art 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

representação interventiva e retirou do Senado o poder de suspender a eficácia de lei considerada inconstitucional pelo Supremo.

Ao contrário, sempre que o Presidente considerasse importante a permanência no ordenamento jurídico nacional, da lei julgada inconstitucional pelo Supremo, devolvia-a às Casas Legislativas para que sua eficácia fosse confirmada por 2/3 de cada uma, como já dito e na conformidade do artigo transcrito no rodapé. Alguns juristas da época acharam essa uma medida salutar porque acabava com a "ditadura do Judiciário".

O engano – poder-se-ia até dizer engodo – é que o Parlamento nunca foi convocado durante o Estado Novo e o plebiscito previsto para validação daquela Carta nunca foi feito. De tal sorte que o Presidente da República exercia o Poder em sua plenitude, sem ser incomodado pelo Legislativo ou pelo Judiciário.

Corroborando ainda mais a amplitude do poder exercido pelo Presidente da República, o Dec. 1564, no ano de 1939, o qual possuía um único artigo, confirma textos de lei declarados inconstitucionais, *verbis*:

> Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos, estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.

Após a ditadura getulista, com a possibilidade de apreciação das questões políticas, pois tal vedação não mais se fez presente na Carta de **1946**, há um retorno à disposição da Carta Política de 1.934, na medida em que uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, caberia ao Senado suspender sua eficácia.

A partir de então, a possibilidade de a lei declarada inconstitucional ser validada pelas Casas Legislativas não mais subsiste e o Dec. 1564 deixa de ter eficácia. Volta à baila o controle difuso da primeira Constituição Republicana, surgindo também a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar, na forma de recurso extraordinário, causas

decididas nas outras instâncias, que invalidassem leis federais por inconstitucionalidade, bem como aquelas que decidissem favoravelmente leis estaduais impugnadas por contrariedade *à Lex Major*.

A Emenda Constitucional nº 16, no ano de 1965, dispõe acerca da representação interventiva, com alteração da alínea "k", do inc. I do art. 101[11] e o controle abstrato (apenas pelo Tribunal Pleno), prevendo a **representação de inconstitucionalidade de lei federal em tese**, por iniciativa do Procurador Geral da República e a **prejudicial de inconstitucionalidade**, que deveria ser suscitada **exclusivamente** pelo Excelso Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador Geral da República, **em qualquer processo em curso em outro Juízo**.

No que diz respeito à representação de inconstitucionalidade da lei federal em tese, também de titularidade de Procurador Geral da República, Mendes (1999), cita voto do Min. Castro Nunes, que defendia que a ação do Supremo não se prendia à mera declaração de inconstitucionalidade, afastando a lei do ordenamento jurídico, mas atuava como "árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade". Em seu voto, o Ministro Castro Nunes afirma que a declaração da inconstitucionalidade em tese de lei federal, afasta-a imediatamente do ordenamento jurídico, independentemente da sanção política do Senado Federal. Peço, por relevante, vênia para transcrever parte do voto do Ministro:

> Atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e,

[11] Redação anterior:

Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – Processar e julgar originariamente:

[…]

k) as ações rescisórias de seus acórdãos.

Passou a ter a seguinte redação:

[…]

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

> se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado.
> Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto.
> Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição.
> Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.
> Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que, como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64.
> Na declaração em tese, a suspensão redunda na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejulgado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; **foi cassada para todos os efeitos**. (MENDES, 1999, p. 247-248)

Equivale dizer, portanto, que a representação de inconstitucionalidade de lei federal em tese, tinha efeitos que iam muito além dos hoje atribuídos à ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que necessário ainda se faz, em caso de procedência da ação, que a suspensão da lei se dê por ato do Senado Federal, como abaixo se verá.

Quanto à **prejudicial de inconstitucionalidade** acima aludida, tanto poderia ser suscitada pelo Procurador Geral da República, como pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ainda que o processo em questão estivesse em curso perante outro Juízo.

Atualmente, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal trata desta matéria a partir de seu art. 169 e no 177, fala expressamente da prejudicial de inconstitucionalidade, que será julgada pelo Plenário daquela Corte, juntamente com as demais "questões da causa".

A partir da Constituição de **1967, com a Emenda de 1969**, a Ação Direta de Inconstitucionalidade volta a ser como em 1946 e o controle abstrato, na mesma forma da Emenda 16, introduzindo a possibilidade de pedido de medida cautelar nas representações

pelo *Parquet*[12], quando da representação para fins de **interpretação.** Para tanto, fixa também a iniciativa do Procurador Geral da República. A Representação de Inconstitucionalidade, de iniciativa do Procurador Geral da República, tem por base a antiga "ação interventiva" e outra natureza não tem, que não a de ação direta de inconstitucionalidade.

É bom que se frise que este controle tinha como único legitimado para sua propositura, o Procurador Geral da República. Apenas ele poderia provocar o Excelso Supremo Tribunal Federal para que este dissesse acerca da alegada inconstitucionalidade de lei federal e estadual.

A representação interpretativa tinha como único objetivo estabelecer com exatidão o significado do dispositivo normativo infra-constitucional, a fim de que este guardasse consonância com o texto maior – a Constituição Federal. Em conseqüência, interpretar aquele dispositivo de maneira distinta daquela feita pelo Supremo Tribunal Federal tornava o texto em exame inconstitucional.

Como já dito, era do exclusivo alvitre do Procurador Geral da República, a propositura ou não de tal ação, não sendo, portanto, necessário dizer que tal apenas era feito naquelas ocasiões em que havia interesse do Poder constituído para que isso se fizesse.

Em razão da grande celeuma que se instaurou acerca da discricionariedade do chefe do *Parquet* para propositura da aludida representação, em vista de seu caráter de ação direta de inconstitucionalidade, uma alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal permitiu ao Procurador Geral da República que representasse a inconstitucionalidade argüida, posicionando-se favoravelmente à sua constitucionalidade.

---

[12] Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

[…]

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)*.

[…]

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República;

Desta forma, o *Parquet* cumpria sua missão constitucional de representação e, ao mesmo tempo, exercia o seu poder discricionário, eis que se posicionava favoravelmente à manutenção da lei cuja inconstitucionalidade fora argüida.

A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, prevê a possibilidade de representação interpretativa no âmbito estadual, tendo como alvo as leis e atos municipais eivados de inconstitucionais ou contrários à boa ordem jurídica. Esta não se confunde com a representação de inconstitucionalidade, porquanto seus objetos são distintos. Exemplar desta diferenciação é a ementa da lavra do Min. Moreira Alves, publicada no DJ do dia 15.04.1988, p. 8937, referente à Representação 1.417/DF, cujo objeto era a inconstitucionalidade do § 3º do art. 65 da LC nº 35 (LOMAN):

> **Ementa**:
> Representação de inconstitucionalidade do § 3º do artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, introduzido pela lei Complementar nº 54/86.
> O princípio da interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.
> A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.
> Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.
> Em face da natureza e das restrições da interpretação conforme a Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta.
> No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme a Constituição, por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.
> O § 3º do art. 65 da Lei complementar nº 35/79, acrescentado pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.1986, é inconstitucional, quer na esfera federal, quer na estadual. Violação dos artigos 57, II, 65 e 13, III e IV, bem como seu § 1º, da Carta Magna.
> Representação que se julga procedente, para se declarar a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 65 da Lei Complementar nº 35/79, introduzido pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.1986.

Houve, todavia, uma alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1970, que passou a prever a possibilidade de o Procurador Geral da República ser provocado por "autoridade ou por terceiro" para a propositura da representação de inconstitucionalidade[13], conforme citado por Mendes (1999, p. 283).

Esta possibilidade, por certo, abria ao Procurador Geral da República a possibilidade de defender a constitucionalidade da lei que estava obrigado a representar, em razão da provocação da "autoridade ou terceiro", bastando para isso emitir parecer contrário à própria representação. Estava, assim, assegurado o caráter dúplice da representação de inconstitucionalidade, na medida em que o chefe do *Parquet* poderia apresentá-la, na qualidade de "mero despachante", como afirma Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 284), todavia, apresentando parecer desfavorável à representação. Equivale, portanto, dizer, que embora compelido a levar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade, por instado a fazê-lo por ato de autoridade, não estava jungido à defesa da inconstitucionalidade, podendo emitir parecer contrário, o que equivalia à defesa da constitucionalidade da lei por ele representada como inconstitucional.

Isso se devia ao fato de que o Procurador Geral da República era o **único legitimado** a apresentar as representações de inconstitucionalidade e de interpretação.

O autor (1999, p. 285) cita uma inusitada situação:

> Na representação n. 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador Geral da República, que instaurou o processo de controle abstrato de normas e se manifestou, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes da decisão proferida, que julgava procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a norma impugnada.

---

[13] Art. 174 [...]

§ 1º - Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminha-la com parecer contrário.

O STF considerou cabíveis os embargos infringentes propostos pelo Procurador Geral da República, o que reforça a natureza dúplice do instituto.

Nova emenda constitucional, no ano de 1977, introduz o efeito vinculante das interpretações constitucionais realizadas pelo Supremo, além da possibilidade de concessão de medida cautelar nas ações de inconstitucionalidade, quando solicitadas pelo Procurador Geral da República.

Podia, ainda, o *Parquet*, pretender fosse dado provimento cautelar nas representações por ele feitas, o que ainda hoje é possível, como veremos mais aprofundadamente ao tratar do controle concentrado da constitucionalidade, abaixo.

A Carta de Outubro, em 1.988, aumenta a legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, trazendo de volta o modelo misto – difuso ou incidente e concentrado ou abstrato – de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como a possibilidade de suspensão de eficácia por meio de liminar.

A novel Constituição estendeu o direito de proposição de ADIn ao Presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, aos Governadores de Estado e Mesas das Assembléias Legislativas, Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, democratizando ainda mais o instituto por meio do art. 103 da nova Carta. A nova ordem constitucional trouxe, ainda, a atribuição ao Advogado-Geral da União de defender a lei ou ato impugnado nos julgamentos perante o Supremo, assim como a obrigatoriedade de manifestação do Procurador-Geral da República em todos os casos levados à Suprema Corte.

No que diz respeito ao Advogado Geral, esta atribuição constitucional vem provocando sérias críticas na doutrina, pois o transforma em verdadeiro "defensor da inconstitucionalidade". Além disso, sendo o Advogado Geral da União, o consultor jurídico

do Poder Executivo, podem acontecer situações em que o Advogado Geral, que propõe ADIn através da Presidência da República, estaria obrigado a defender a mesma norma por ele próprio impugnada.

Inova, ainda, a Carta de Outubro, ao adotar a possibilidade da inconstitucionalidade por omissão. Com efeito, esta figura, proveniente do Direito Constitucional português, consiste em uma espécie de fiscalização abstrata, destinada a impedir a omissão legislativa quando a própria Constituição obriga o Poder Legislativo constituído a exercer suas funções em determinada matéria.

Não contente com isso, o Constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 03 traz a Ação Declaratória de Constitucionalidade e o efeito vinculante desta e da ação de inconstitucionalidade, ambas em controle abstrato da constitucionalidade de ato ou norma. Equivale dizer que declarada a constitucionalidade da norma pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, não mais se discute o tema. São partes legítimas para propositura da Ação Direta de Constitucionalidade, as mesmas pessoas que têm legitimidade para a de Inconstitucionalidade. Falemos agora, do controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos.

2.2 O controle concentrado

2.2.1 Controle preventivo e repressivo da constitucionalidade

2.2.1.1 Controle preventivo

É o que se dá no momento de produção da lei. Ou seja, é o controle que ocorre ainda durante o processo legislativo, alcançando o projeto de lei. No dizer de Silva (2000, p. 24) é o controle exercido "pelos órgãos do Estado encarregados da produção legislativa. Em conseqüência, como regra, o controle preventivo é de natureza exclusivamente política".

É o que ocorre hodiernamente quando o projeto de lei, antes mesmo de ser apresentado ao plenário, passa pelo fulcro da Comissão de Constituição e Justiça das Casas legislativas federais.

Outra forma de controle preventivo, no ordenamento jurídico pátrio é o veto da lei, por inconstitucionalidade, na forma do § 1º do art. 66, *verbis*:

> Art. 66 - A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
> § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Sendo comunicado o presidente do Senado os motivos do veto parcial ou integral e possuindo este como razão de ser, a inconstitucionalidade de dispositivo contido na lei votada ou ela toda, a lei retorna ao Congresso para ser apreciado em sessão conjunta por ambas as casas, no prazo de trinta dias, quando este poderá ser derrubado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e Senadores, **em escrutínio secreto** (§ 4º do mesmo artigo). Caso tal não

ocorra, a lei não é editada ou, em caso de veto parcial, promulgada com omissão do artigo, parágrafo, inciso ou alínea vetada.

Moraes (2006), ao tratar das medidas provisórias, defende que em razão de elas entrarem imediatamente em vigor, ao serem rejeitadas por vício de inconstitucionalidade, tal controle não é **preventivo**, mas **repressivo**, conquanto exercido pelo próprio Congresso Nacional.

2.2.1.2 Controle repressivo

Como visto, o controle repressivo da constitucionalidade pode dar-se tanto pelo órgão político (Congresso Nacional), ao rejeitar uma medida provisória, por inconstitucionalidade. Nesta hipótese, por não convertida em lei, o ato normativo tem imediatamente suspensa sua eficácia, pois deixa de fazer parte do ordenamento jurídico pátrio.

No que diz respeito ao controle repressivo efetuado pelo Poder Judiciário – difuso nesta hipótese –, é de se ter sempre em mente a cláusula de reserva do art. 97 da *Lex Major*, que impõe aos tribunais inferiores a necessidade do voto da maioria absoluta do Pleno ou do órgão especial para decidir – ainda que incidentalmente – a respeito da constitucionalidade de lei ou ato normativo, exceto quando o próprio Supremo Tribunal Federal já se tenha manifestado a respeito, porquanto as decisões proferidas pelo guardião da Constituição Federal possuem força vinculante até mesmo em suas razões de decidir, como já visto.

Quanto ao controle repressivo efetuado de maneira concentrada ou abstrata, pode dar-se por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, como se verá no tópico infra. Ambas são de competência única e exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

2.2.1.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

Tais ações, por aplicação do art. 102 da Constituição Federal são de competência do Supremo Tribunal Federal e têm como legitimados a propô-las os entes nominados nos incisos do art. 103 da mesma Carta.

Como é de fácil visualização e ensina Moraes (2006), o objeto de tais ações é a **declaração** da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade da lei federal ou ato normativo do Poder Público, atacados **em tese e em vigor**, não se admitindo o ataque a lei ou ato já revogados ou cujos efeitos já se tenham exaurido, como por exemplo, em face de uma Medida Provisória que não logrou êxito em ser convertida em lei.

A ação direta de constitucionalidade não desafia maiores considerações no âmbito deste trabalho, na medida em que sendo procedente, vincula imediatamente a todos os órgãos judiciais e administrativos, razão pela qual nos ateremos nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O mesmo autor (2006, p. 666) prega, fazendo referência a decisão do Min. Celso de Mello, como relator de ADIn, que:

> A ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas *crises de legalidade*, como acentua o Supremo Tribunal Federal, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição Federal.

Nem poderia dar-se de maneira diferente, porquanto o STF, por determinação constitucional, é o guardião da Carta Magna e não da legislação infra-constitucional.

Não bastasse isso, o Supremo Tribunal Federal exige que para a propositura da ADIn, além da legitimidade do autor, haja "pertinência temática", ou seja, o objeto da ADIn

deve estar diretamente ligado ao interesse de seu autor, quando se tratar de Governador de Estado ou do Distrito Federal e das mesas das assembléias legislativas dos Estados ou do Distrito Federal, conforme já decidido pelo Min. Celso de Mello, no julgamento da ADIn nº 1096-4, publicado no Diário da Justiça em 22.09.1995, conforme ementa abaixo transcrita:

> **EMENTA**: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PARTIDO POLÍTICO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INEXIGIBILIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA AMPLA DAS AGREMIAÇÕES PARTIDÁRIAS NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE - A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SISTEMA NORMATIVO DA CONSTITUIÇÃO - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NAS AÇÕES DIRETAS - SERVIDOR PÚBLICO E EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL - LEI ESTADUAL QUE CONTÉM MATÉRIA ESTRANHA ÀQUELA ENUNCIADA EM SUA EMENTA - SUPOSTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MORALIDADE - INOCORRÊNCIA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO E PERTINÊNCIA TEMÁTICA NAS AÇÕES DIRETAS: Os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem **legitimação ativa universal**, gozando, em conseqüência, da ampla prerrogativa de impugnarem **qualquer ato normativo do Poder Público**, independentemente de seu conteúdo material. A posição institucional dos Partidos Políticos no sistema consagrado pela Constituição do Brasil confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, zelarem tanto pela preservação da supremacia normativa da Carta Política quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da República. A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu a sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. O reconhecimento da legitimidade ativa das agremiações partidárias para a instauração do controle normativo abstrato, **sem as restrições decorrentes do vínculo de pertinência temática**, constitui natural derivação da própria natureza e dos fins institucionais que justificam a existência, em nosso sistema normativo, dos Partidos Políticos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu o vínculo de pertinência temática à condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* do Autor, **somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal**. Precedentes. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO PARTIDO

> POLÍTICO NA AÇÃO DIRETA: O Partido Político, nas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, e representado pelo Presidente de seu Diretório Nacional, independentemente de prévia audiência de qualquer outra instância partidária, exceto na hipótese de existir prescrição de ordem legal ou de caráter estatutário dispondo em sentido diverso. (negritos da autora)
> […]

Viu-se até aqui que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade é o mesmo: a mera declaração buscada pelo autor. Diferem, todavia, em sua finalidade, pois enquanto que naquela o que se pretende é retirar do ordenamento jurídico, lei inconstitucional, a desta é exatamente frisar a eficácia da lei, por se encontrar em absoluta consonância com os mandamentos constitucionais que embasam este mesmo ordenamento jurídico.

Exatamente por ser, a finalidade da ADIn, a suspensão da execução de lei eivada de inconstitucionalidade, é que ao seu autor é dado pretender provimento cautelar, conforme previsto no art. 102, I, "p" da Carta de Outubro, como alhures já se viu (vide nota de rodapé nº 13), do qual não pode sequer pretender a desistência, na medida em que para tanto, necessita provar o perigo de lesão irreparável. Ora, se ao propor a ação, o autor juntou provas que entendia suficientes à comprovação do risco iminente de lesão irreparável, desafia o bom senso que ele mesmo, posteriormente, arrependa-se e pretenda a desistência da medida cautelar requerida. Mais uma vez, foi sábio, o legislador infra-constitucional.

Efeito aparentemente inusitado ocorre nos casos em que se concede a medida cautelar pretendida, pois como ensina, ainda, Moraes (2006, p. 681):

> A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, uma vez que suspensos os efeitos da lei ou ato normativo impugnado, suspende-se também a revogação que havia ocorrido. A Lei nº 9.868/99, porém, autoriza que o Supremo Tribunal Federal decida a questão de forma diversa (art. 11, § 2º).

Digo aparentemente inusitado, porque o § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) dispõe exatamente da impossibilidade de repristinação de lei. Na

hipótese, porém, não se trata de se restaurar lei revogada, pois o ataque pela via da ação direta de inconstitucionalidade tem como finalidade, como visto, retirar a lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Não se trata, pois, de revigoração de lei revogada ou que perdeu vigência, em vista do efeito *erga omnes* e *ex tunc* da decisão trânsita em julgada – que vincula todas as demais decisões judiciais, antes mesmo da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, pelo Senado Federal.

No tópico infra, abordar-se-á com mais profundidade o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal quando proferidas em controle abstrato de constitucionalidade.

2.2.2 O efeito vinculante das decisões em controle abstrato ou concentrado da constitucionalidade

2.2.2.1 Breve histórico

Como visto acima, o controle da constitucionalidade não é algo novo em nosso ordenamento jurídico, conquanto tenha surgido após o controle difuso. Já havendo tratado do histórico deste instituto, cuidemos de ver como tal se dá nos dias de hoje. Antes, porém, cabe um comentário de Silva (2000, p. 21):

> O controle da constitucionalidade, pois, tem por objetivo prevenir ou reprimir a produção legal, ou os seus efeitos, assim como a de atos normativos, sempre que uma ou outra estiverem em posição de inadequação face a Constituição. Incide ele tanto sobre os requisitos formais da lei ou ato normativo, *v.g.,* a competência do órgão produtor, a forma e o procedimento observados na produção, como sobre o conteúdo substancial dos mesmos, ou seja, sua conformidade aos direitos e garantias consagrados pela Constituição.

Para este autor (2000), o controle preventivo é feito antes mesmo da produção da lei, por meio de controle meramente político, como melhor explanado acima; o controle

repressivo, por seu turno, realiza-se após a edição da lei, sendo exercido por uma jurisdição constitucional ou ainda pela atividade jurisdicional propriamente dita – nas ocasiões em que o juiz de primeiro grau, por exemplo, recusa a aplicação de uma lei, em razão de a considerar inconstitucional.

Interessa-nos neste trabalho, o controle repressivo e neste tópico, apenas o controle abstrato da constitucionalidade das leis federais e a inconstitucionalidade destas e das estaduais se dá pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, por determinação da própria Carta Maior da República, o guardião da Constituição Federal. Destarte, a ele incumbe dar a última palavra quando se fala em norma erigida ao arrepio da *Lex Major*. E o faz na conformidade de seu Regimento Interno, a partir do art. 169.

Dentre os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) está o Procurador Geral da República, o qual pode, por meio de representação, instar o Tribunal a se manifestar, examinando *in abstracto*, lei ou ato normativo federal ou estadual, com o fito de ver declarada sua inconstitucionalidade. Uma vez feito isso, não há possibilidade de desistência, "ainda que a final o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência" (§ 1º do art. 169, do RISTF). Também não se admite assistência neste processo.

Tão logo distribuída a ação, o Relator pedirá informações à autoridade que praticou o ato eivado de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral da República ou ao Congresso Nacional, ou ainda à Assembléia Legislativa, caso se trate de lei estadual, que esta autoridade entenda infringir dispositivo constitucional. Cabe, ainda, ao Ministro Relator, submeter ao Plenário o pedido de medida cautelar feito pelo Procurador Geral da República – se o caso – para suspender a eficácia da lei ou ato atacado e após a concessão ou não desta medida, solicitar as informações, que deverão ser prestadas pela autoridade competente em trinta dias.

Estas, a critério do Min. Relator e *ad referendum* do Tribunal, podem ser dispensadas, em caso de extrema urgência.

Pode, ainda, o Min. Relator, ao receber o processo ou a qualquer momento no curso dele, entendendo pela urgência e relevância do caso, levá-lo ao conhecimento do Tribunal, podendo o feito ser julgado com os elementos disponíveis naquele momento. Não sendo feito isso, após o recebimento das informações, abre-se vista ao Procurador Geral da República por quinze dias para que emita seu parecer, após o que o Min. Relator elaborará seu relatório, encaminhando o feito para julgamento, cujo quorum é de no mínimo oito Ministros. Será considerada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato ou norma impugnada se ao menos seis Ministros se tiverem manifestado no respectivo sentido. O art. 143 fixa o *quorum* para apreciação destas alegações, sendo certo que levado o feito a julgamento com oito Ministros e não alcançado o mínimo de seis votos neste ou n'outro sentido, o julgamento permanecerá suspenso a fim de aguardar o comparecimento dos Ministros licenciados ou ausentes, por aplicação do parágrafo único do art. 173. Em razão de sua relevância, vejamos o texto deste parágrafo único:

> **Parágrafo único**. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o quorum.

Por óbvio, se o Tribunal decidir pela constitucionalidade da lei ou ato objeto da representação pelo Procurador Geral da República, esta será julgada improcedente. A contrário senso, declarada a inconstitucionalidade total ou parcial do ato impugnado, a autoridade ou órgão responsável pelo ato normativo será comunicada imediatamente e ao Presidente da República, após o trânsito em julgado, para efeito do quanto disposto pelo § 3º do art. 36 da Constituição Federal, *verbis*: "Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-

se-á a **suspender a execução do ato impugnado**, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade". (Grifo nosso)

Sempre bom ressaltar que qualquer que seja o feito em trâmite no STF, o Procurador Geral da República deve necessariamente ser ouvido.

Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, o Advogado Geral da União será instado a defender o ato impugnado, na conformidade no § 3º do art. 103, da Constituição da República.

Pode, ainda, o Procurador Geral da República, conforme art. 179 do RISTF, submeter a este Tribunal a apreciação de lei ou ato normativo federal ou estadual, a fim de que lhe seja fixada interpretação, instruindo-a com o texto integral do ato impugnado e justificando a necessidade de prévia interpretação pela Excelsa Corte. Novamente, impossível neste tipo de ação, a desistência e a assistência. Esta medida pode ser indeferida de plano, em despacho fundamentado pelo Min. Relator, se a entender irrelevante, cabendo agravo regimental, desta decisão.

Não a indeferindo, ela será processada da mesma forma da representação de inconstitucionalidade acima tratada, inclusive com idêntico *quorum*.

Processada e adotada determinada interpretação por pelo menos seis Ministros, esta será comunicada à autoridade de quem foram colhidas as informações e a partir da publicação do Diário da Justiça da União, a interpretação fixada terá força vinculante para todos os efeitos, conforme art. 187 do RISTF.

Além destas representações que na prática representam uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade, há ainda, a possibilidade das ações propriamente constitucionais, a direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, fixadas pelo art. 103 da Constituição Federal. Para tanto, são legitimados, além do Procurador Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito

Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No mais, processar-se-á da mesma forma que a representação do Procurador Geral da República, com idêntico *quorum,* sendo imprescindível a manifestação do Procurador-Geral, como dito alhures.

Outrossim, conforme § 2º do artigo ora em comento, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, caso se cuide de órgão administrativo, conceder-se-lhe-á prazo de trinta dias para adoção das medidas necessárias. As conseqüências junto ao Congresso Nacional são objeto de tema destacado abaixo, razão pela qual não trataremos do assunto, por ora, bastando dizer que:

> A simples inércia, o mero *não fazer* por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal, a inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo. (BARROSO, 2006, p. 33)

Quanto à inconstitucionalidade de uma norma, é de se ter em mente, ainda, que reconhecida inconstitucional, não é ela imediatamente revogada, retirada do ordenamento jurídico ou coisa que a isso se equivalha, conquanto passe a ser "letra morta", no dizer de BARROSO (2006, p. 14-15). E continua, o mestre fluminense, defendendo que a declaração de inconstitucionalidade produz, ao contrário da revogação da norma, efeito *ex tunc,* por se tratar de vício de validade:

> O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde quer em suas causas, quer em seus efeitos, com sua *revogação*. A revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, portanto, no plano da existência dos atos jurídicos. Como regra, decorrerá de nova manifestação de vontade do próprio órgão que a havia editado, e seus efeitos somente se produzem para o futuro, *ex nunc*. A declaração de

> inconstitucionalidade, ao revés, é competência *judicial* e, de ordinário, seus efeitos serão retroativos.

Continua, ainda, o mesmo autor (2006), afirmando que a revogação de lei, ainda que reconhecida inconstitucional, é ato discricionário do Poder Legislativo, que se dá de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade da própria Casa Legislativa, fundamentando seu parecer no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade e transitada em julgado, em razão dos limites objetivos da coisa julgada, esta já não pode ser discutida na Corte Suprema, tampouco nos órgãos inferiores, em razão de seu efeito vinculativo. Assim, a lei reconhecida inconstitucional não poderá mais ser validamente aplicada, em função do efeito vinculativo da decisão suprema. Este, porém, ressalta ainda Barroso (2006, p. 181-182), somente:

> [...] se produz, conforme a letra expressa do dispositivo legal e do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, em relação ao Judiciário e à Administração. No tocante aos órgãos judiciais, já não lhes caberá o Juízo incidental acerca da constitucionalidade da norma, devendo sua decisão no caso concreto partir da premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal sobre a validade ou não da norma. Em caso de inobservância do efeito vinculante pelo juiz ou Tribunal, caberá reclamação. No tocante aos órgãos da Administração, eventual descumprimento da orientação do Tribunal sujeitar-se-á à impugnação pelos meios judiciais cabíveis, podendo ser o caso, igualmente, de responsabilização do agente público.

No que diz respeito à suspensão da norma, reconhecida a inconstitucionalidade de lei federal, será comunicado o Senado Federal, para que cumpra o inc. X do art. 52 da Carta Maior; em se tratando de inconstitucionalidade por omissão, o Congresso Nacional será notificado, não se lhe atribuindo prazo para que sane a omissão, editando a lei que lhe incumbe, porquanto determinado pela própria Constituição Federal a edição de lei a regulamentar o exercício de dado direito. Não o fazendo, é omisso o Congresso Nacional. Todavia, reconhecer este fato é uma coisa; atribuir-lhe prazo para o cumprimento de uma ordem é outra bem diversa, que poderia resvalar em ingerência de um Poder da República em outro, quando todos são harmônicos e independentes entre si.

Vejamos, então, as conseqüências práticas do reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF em relação ao Congresso Nacional e ao Senado Federal.

2.2.3 Conseqüências do controle concentrado junto ao Senado Federal

Reza o § 2º do art. 102, da Carta Política Brasileira:

> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No mesmo compasso, o também § 2º do artigo seguinte dispõe:

> § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Ou seja, em dois dispositivos, o legislador constituinte achou por bem colocar idêntico mandamento: reconhecida a inconstitucionalidade por ato comissivo ou omissivo, o órgão competente deve ser intimado a sanar a inconstitucionalidade, inclusive, com possibilidade de intervenção pelo Presidente da República em Estado-membro, para o fito de "prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial" (inc. VI do art. 34), quando o STF decidir pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e o Estado não se adequar à decisão espontaneamente.

O § 2º do art. 103 é ainda mais específico, pois prevê a procedência de ação de inconstitucionalidade por omissão de medida que possa dar efetividade a norma constitucional, como, por exemplo, a greve dos servidores públicos, até hoje sem regulamentação.

Outrossim, decidida a inconstitucionalidade de lei federal, cabe ao Senado, por determinação do inc. X do art. 52[14], extirpá-la do ordenamento jurídico, suspendendo sua execução. Esta, porém, não se equipara à revogação da lei, nem se aventa a possibilidade de que a lei, por declarada sua inconstitucionalidade, seja automaticamente revogada, como vimos acima, em ensinamento de Barroso (2006).

É bem verdade que a manutenção de tal incumbência ao Senado vem desde a Carta Constitucional de 1934, quando o papel do Senado Federal era de coordenação entre os poderes, razão pela qual esta competência não infringia a divisão constitucional dos poderes da República, como se vê em Silva (2000). Com a atual divisão de poderes e estando o Senado ligado unicamente ao Poder Legislativo, manter o mesmo sistema de suspensão da lei irrecorrivelmente reconhecida inconstitucional, pelo Senado, deixa um ranço de ingerência de um Poder em outro, preterindo o controle judicial dos atos por um controle político destes mesmos atos.

Moraes (2006, p. 649) afirma que o Supremo, decidindo incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, poderá oficiar o Senado Federal, para que este, através de resolução suspenda a execução no todo ou em parte da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte. Isso, porém, não importa dizer que o Senado **necessariamente** o fará, pois incumbe única e exclusivamente a este órgão decidir qual o momento político de o fazer. Afirma, ainda, mais adiante, que esta decisão do Supremo tem efeitos *ex tunc* e *inter partes;* adquirindo efeito *erga omnes* e *ex nunc* após a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, de acordo com o inc. X, do art. 52 da Carta de Outubro.

---

[14] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[…]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, a decisão, posto que irrecorrível, do Excelso Supremo Tribunal Federal não obriga o Senado Federal a suspender imediatamente a eficácia da lei, ficando ao arbítrio desta Casa, a seu critério de oportunidade e conveniência, o momento de suspender a lei ou ato normativo do Poder Público definitivamente julgado inconstitucional pelo órgão apto a fazê-lo.

No particular, retorno a Silva (2000, p. 102-103) quando nos diz que em absoluta consonância com a tripartição dos poderes da República, "reafirmando a exclusividade de competência do Judiciário para o exercício da jurisdição", não é de se extrapolar a fim de transformar um outro Poder da República em mero cumpridor de ordens, o que traz à baila os critérios de oportunidade e conveniência do Senado Federal para a suspensão lei declarada inconstitucional. Vejamos seu verbo:

> De outro lado, há que se ter em mente, tal posição da Alta Corte em hipótese alguma se conformava àquela dos autores inicialmente citados, que reduzem o Senado a mero homologador ou executor de suas decisões: nem, também, pode ser vista como um desacordo a Josaphat Marinho e à corrente doutrinária por ele então esposada. [o comentário se referia à Carta Constitucional de 1946]. Aliás, vozes das mais respeitáveis, dentre quantas tiveram assento no Supremo Tribunal Federal, reconheceram a competência do Senado; assim, *v.g.,* diversos votos colhidos no julgamento do RE 38.528-SP, em 16.6.61, a saber:
> a) do Min. Aliomar Baleeiro: "[...] o Senado, na minha opinião, tem discricionarismo político de suspender ou não. Se convier, ele suspende; se não convier, ele, ao invés de prestigiar a decisão do Supremo Tribunal, pode tomar a iniciativa de uma emenda à Constituição ou ficar inerte [...]".
> […]
> c) do Min. Luiz Gallotti: "Estou de acordo com os eminentes Ministros Victor Nunes Leal e Aliomar Baleeiro em que o Senado, atendendo a razões de conveniência e oportunidade, pode suspender, ou não, a execução da lei declarada inconstitucional, estendendo ou não, ***erga omnes***, os efeitos da decisão do Supremo".

De tal sorte que a decisão do STF que reconhece a inconstitucionalidade de lei federal por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a par de todo o procedimento para tanto previsto (defesa pelo Advogado Geral da União e participação obrigatória do Procurador Geral da República, além da possibilidade de concessão de medida cautelar para suspensão da lei ainda sob apreciação) é meramente declaratória, cabendo ao Senado a suspensão da

execução desta lei. Este, por sua vez, suspende a lei em absoluta conformidade a seu próprio juízo de oportunidade e conveniência.

Em resposta a tamanho descaso, Silva (2000, p. 118-119) dá conta de que:

> [...] como a decisão exclusivamente declaratória esgota-se em si mesma, não ensejando em tese a execução, mas produzindo efeitos, optou por não mais comunicar ao Senado as decisões proferidas por provocação do Procurador Geral da República, como vinha ocorrendo até então. Tratou, pois, a Alta Corte, ao que tudo indica, de dar ao controle repressivo um maior conteúdo jurisdicional, diminuindo a participação do órgão político.

Com este comportamento, aparentemente o Supremo, a quem cabe guardar e zelar pela Constituição, acabou por infringi-la ao suprimir do Senado um ato privativo daquela Casa, ferindo, em última análise, a tripartição dos poderes republicanos. Não é, porém, o que se verifica, senão vejamos. Como transcrito logo no início deste tópico, as decisões definitivas de mérito, proferidas em tais ações: "[...] produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Este texto é da própria Constituição Federal, como já visto. De tal sorte que ao deixar de comunicar o Senado Federal, a Corte Suprema **não descumpre** seu papel constitucional, ao contrário, atribui-lhe efetividade. É que a sua decisão **vincula** imediatamente a Administração Pública "nas esferas **federal**, estadual e municipal". Ora, dir-se-ia que o Senado Federal não é mero órgão da Administração Pública, mas um dos Poderes da República, não se o podendo ver como um ente qualquer subsumido à Administração Pública Federal. Cuida-se, porém, do Guardião da Constituição, cuja decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade não pode ser por ninguém ignorada.

Neste ponto, ouso transcrever uma vez mais Silva (2000, p. 121):

> Na verdade, houve uma via deixada aberta pela Constituição – por todas as Constituições desde a de 1946 – ao estabelecer a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução da lei "ou decreto" declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, silente o aspecto da comunicação de declaração, por este, à Casa Legislativa. Assim, o Supremo

> se limitou a cumprir o texto constitucional: no dizer conciso e preciso de Michel Temer, limitando-se a "*declarar a inconstitucionalidade";* valendo-se, no caso, da produção de efeitos ínsita à declaratória, especificamente, uma declaração "de eficácia plena", porque producente de efeitos pela sua própria existência, o que contrariava o sistema até então posto.

De tal sorte que é de se reconhecer o efeito transcendente da decisão da Corte Suprema em processos que tais. E mais, a Corte tem decidido pelo efeito transcendente, inclusive, dos fundamentos da decisão e não apenas do dispositivo dela, não sendo mais possível que os juízes e tribunais inferiores decidam de maneira distinta daquela, pois em o fazendo, poderão ser alvo de reclamação junto ao STF, por inobservância a decisão proferida pela Corte Maior da República, guardião da Constituição Federal e a quem incumbe o controle concentrado e abstrato de leis e demais normas **em tese**.

É extreme de dúvidas que o reconhecimento do efeito transcendente às decisões do STF em controle abstrato da constitucionalidade de normas e atos do Poder Público dispensa aquela Corte de noticiar suas decisões ao Senado Federal, a fim de que este, a seu próprio alvitre, suspenda a execução da norma federal declarada inconstitucional. Em razão do efeito transcendental de sua decisão, portanto, a própria Suprema Corte se incumbe de, na prática, extirpar do ordenamento jurídico a lei por ela própria reconhecida inconstitucional, em ato de controle concentrado de constitucionalidade, por meio da impossibilidade de se aplicar sem correr o risco de ser alvo de reclamação junto àquela Excelsa Casa e ter a reclamação julgada procedente.

Cuidando, pois, da fiel observância e integral cumprimento da norma constitucional, o guardião da Constituição da República decide a ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, fazendo com que os efeitos da coisa julgada se dêem *erga omnes*, ao vincular juízes e tribunais inferiores até mesmo em suas razões de decidir. Assim, o Supremo impõe aos órgãos judiciários a não-aplicação da lei inconstitucional, o mesmo se dando em relação aos demais órgãos da Administração Pública, não sujeita o Senado Federal

a homologar sua decisão nem se põe em posição de subserviência a esta Casa Legislativa, para que – ao seu alvedrio, repita-se – suspenda a execução da lei ou ato federal considerado inconstitucional em controle abstrato de constitucionalidade.

Uma das conseqüências de tal efeito é a desnecessidade de subsunção ao Pleno dos tribunais inferiores ou ao órgão especial destes mesmos tribunais de toda e qualquer argüição de inconstitucionalidade, porquanto aquelas já decididas pela Suprema Corte, por seu efeito vinculante, torna despiciendo o julgamento por estes órgãos e, por conseguinte, mais célere o processo, atribuindo eficácia ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

E mais: encontram-se, assim, em harmonia os Poderes Judiciário e Legislativo, sem que um exerça nenhum tipo de ingerência em outro, subsumindo-se a ele ou se colocando em posição de subserviência ao ter de pura e simplesmente homologar a decisão que não saiu de seu punho ou – o que seria ainda pior – aguardar que homologação de sua decisão irrecorrível, para que esta possa ter eficácia plena. Destarte, o quanto decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal tem, na prática, plena e imediata aplicabilidade, sem que haja necessidade de esperar pela chegada do momento oportuno e conveniente para que o Senado suspenda a lei ou ato federal e sem que haja neste fato um arranhão sequer ao texto constitucional, seja da competência privativa do Senado Federal para a suspensão da lei, seja do respeito às decisões judiciais, seja da independência e harmonia entre os poderes da República.

2.2.3.1 Conseqüências da inobservância do efeito vinculante

As principais conseqüências da inobservância do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público

são: a responsabilização do autor do ato que a par da declaração de inconstitucionalidade, mantém-no ou o reedita, a chamada "autoridade recalcitrante"; e a cassação do ato.

Destarte, a inobservância do quanto decidido pela Corte Suprema em questões de constitucionalidade ou não de atos normativos leva às duas sanções acima previstas: a imediata cassação do ato e a responsabilização da autoridade desatenta ou recalcitrante.

Por óbvio, a responsabilização da autoridade recalcitrante só pode ocorrer quando movimentado o Poder Judiciário, por meio de reclamação ao Presidente do STF com o fito de garantir a efetividade de sua decisão já irrecorrível.

Tal reclamação tem por legitimados, além do Ministério Público, a própria parte interessada (art. 13 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990)[15].

Sendo procedente a reclamação, o ato ou decisão é cassado pelo Supremo Tribunal Federal e imediatamente, antes mesmo da lavratura do acórdão, será determinado o cumprimento da decisão da reclamação, com a imediata cassação do ato, na conformidade dos artigos 17 e 18 da mesma lei.[16]

No que diz respeito à sanção à autoridade rebelde, Leal (2006, p. 168) diz que:

> A inobservância do efeito vinculante caracteriza *grave violação de deve funcional* das autoridades públicas infratoras, sejam elas integrantes do Poder Judiciário ou do Poder Executivo. Tratando-se, em ambos os casos, de servidores públicos – magistrados e autoridades administrativas –, é possível cogitar, além da prática de infração administrativa, que a renitência aos julgados em controle abstrato de constitucionalidade possa resultar, na esfera criminal, na prática de crime contra a Administração Pública e, na esfera civil, em responsabilidade civil do Estado, assegurado o direito de regresso contra a autoridade insubordinada, conforme o § 6º do art. 37 do texto constitucional. Ainda na órbita criminal, não parece descabido especular sobre a prática de crime de responsabilidade, nos termos do inciso VII do art. 85 da Constituição. Especificamente quanto aos magistrados, caberia, em

[15] Art. 13. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

[16] Art. 17. Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 18. O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

> tese, aplicar a responsabilidade por perdas e danos de que trata o art. 133, I, do Código de Processo Civil.

Defende, portanto, o autor, que por maior que tenha sido a grita em torno do efeito vinculante de tais decisões pelo Supremo Tribunal Federal, o fato é que tal vinculação foi inserta na Carta Política, por meio da Emenda Constitucional nº, o que torna indiscutível o acerto ou não de tal vinculação.

É certo que a vinculação tal como defendida pelo autor, no trecho acima transcrito, oferta maior credibilidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, o que implica em uma maior segurança jurídica – mormente quando se olha o país como um ente que participa ativamente da chamada globalização. De tal sorte que decidir de maneira contrária ao quanto decidido pela Corte Suprema poderia implicar em um descrédito no Judiciário nacional pelas entidades internacionais, diminuindo, assim, os investimentos internacionais no país – coisa mais temida pelos economistas não há.

Tão certo quanto isso, porém, é a possibilidade de engessamento da jurisprudência constitucional, na medida em que, como já se diz desde os bancos acadêmicos, o direito anda sempre atrás da sociedade. De tal maneira que a sociedade evolui e o direito corre para sanar os efeitos jurídicos de tal evolução social e moral.

Ora, o órgão do Poder Judiciário mais próximo do cidadão comum é o juiz da Comarca e se este correr o risco de responder criminalmente – o autor, afinal, propõe responsabilidade por prática de crime contra a administração pública – por decisão contrária à do Supremo Tribunal Federal, ou seja, decidir **sempre** em conformidade com tais decisões, ficará bem mais limitada a possibilidade de o próprio Supremo Tribunal Federal, diante da modificação ocorrida na sociedade e percebida pelo juiz de primeiro grau, alterar a jurisprudência que já não encontra ressonância nos anseios da sociedade.

É que os ministros dos tribunais superiores vivem realidades bem distintas daquelas vivenciadas pela sociedade em geral, cujas alterações, embora sutis, são percebidas e muitas vezes vividas pelo juiz da Comarca que, impedido de as demonstrar, mantém vigente interpretação obsoleta e não mais condizente com a Constituição material, vivida pela sociedade, o que em última análise fere a dignidade da pessoa humana, ao tentar impor-lhe uma decisão obsoleta que não mais atende a esta sociedade.

2.3 O controle difuso

Como visto no breve histórico acerca do controle de constitucionalidade, a primeira forma conhecida em nosso país, foi a difusa, qual seja, aquela em que a parte interessada provoca o Judiciário, a fim de que se manifeste acerca da aplicabilidade ou não da lei eivada de inconstitucionalidade. Em seu início, tal provocação era dirigida diretamente ao então denominado "juiz de seção", hoje juiz federal.

Também difuso é o controle exercido pelos tribunais inferiores, sejam os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal ou os regionais federais e do trabalho, bem como os Tribunais Superiores da Justiça Militar, do Trabalho e o Superior Tribunal de Justiça. Estes, quando instados a se manifestar acerca de algum assunto constitucional, devem reunir-se no Pleno e suas decisões não transbordam os limites do processo.

Ainda hoje, porém, o controle difuso pelos tribunais acima citados, carece de instigação pela parte interessada ou manifestação anterior, em um dado processo, por um magistrado de primeiro grau, como abaixo se verá mais detalhadamente.

Por ora, é essencial que se tenha em mente, com clareza solar, que ao Supremo Tribunal Federal cabe o controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos, controle este que não é passível de ser realizado por nenhum outro órgão do Poder Judiciário.

Dizer, todavia, que à Excelsa Corte não cabe nenhum tipo de controle concreto de constitucionalidade, é um tanto quanto prematuro, como veremos ao tratar do recurso extraordinário, em tópico infra.

Assim sendo, é de se ter em mente que o controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos incumbe **exclusivamente** ao Excelso Supremo Tribunal Federal e o difuso poder ser feito por esta Corte e por todas as outras cortes inferiores relativamente ao guardião da Constituição.

Corroborando este entendimento, Tavares (2003, p. 07) assevera que:

> Assim, qualquer magistrado e qualquer instância judicial pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo (e com isso realizar jurisdição constitucional) desde que o faça para um caso concreto.
> O Supremo Tribunal Federal está inserido no contexto dos diversos órgãos que são habilitados a reconhecerem a inconstitucionalidade, por conta da adoção de um modelo difuso de fiscalização. A provocação desse Tribunal, para o exercício do controle concreto da constitucionalidade, ocorre mediante a interposição do recurso extraordinário, [...].

Por enquanto, basta-nos o que aqui foi dito, porquanto o capítulo 4 da presente dissertação tratará mais aprofundadamente do controle difuso efetuado pelo juiz de primeiro grau e dos tribunais regionais da jurisdição trabalhista – o que é aplicável às demais jurisdições especializadas e comuns de nosso país – quando se tratará, inclusive, de alguns aspectos do Regimento Interno do TRT da 15ª Região.

Falemos, portanto, doravante, do recurso extraordinário como elemento concreto de análise da constitucionalidade de leis e atos normativos, pelo Supremo Tribunal Federal, seu conceito, cabimento e efeitos.

2.4 O recurso extraordinário – conceito e cabimento

Cabe inicialmente tratar mui rapidamente da origem de tal recurso, que alguns como Côrtes (2006, p. 187) acreditam estar no instituto do *writ of error* americano – que por sua vez teve origem inglesa –, defendendo tal posicionamento porque a seu ver, a Constituição de 1891, ao fazer do Brasil um Estado federativo, espelhou-se no tipo de organização de Estado dos Estados Unidos da América. Com isso, concorda Vasco de Lacerda Gama *apud* Côrtes (2006, p. 189):

> O recurso extraordinário é formal e essencialmente inglez.
> Nasceu na Inglaterra, ahi foi construído o seu berço, ahi cresceu e se desenvolveu como lei costumeira; e, ainda pelo costume, como lei da mãe-pátria, passou ás colônias inglezas, inclusive á América do Norte, onde foi sempre observado.

Além deste ponto de vista, há os que defendem que o nosso Supremo Tribunal Federal, por ser o correspondente atual da Casa de Suplicação das Ordenações Filipinas e Afonsinas, o recurso extraordinário teria sua origem na Suplicação ali existente. Com efeito, as ordenações Afonsinas, trazem em seu Livro III, Título CVIII, o que segue:

> El Rey Dom Pedro da Famosa Memória, em seu tempo fez lei acerca das Suplicações, na forma como segue:
> 1 – Manda El Rey, que aquele que quiser agravar para ele das Sentenças proferidas pelos Sobre-Juízes (desembargadores), que lhes seja possível agravar, remetendo-lhe diretamente o agravo: mas manda, que aquele que quiser agravar, pague antes vinte e cinco libras em dinheiro, a fim de que seu agravo seja conhecido em sua Chancelaria, assim como se usa na sua Casa.
> 2 – Évora, aos sete dias de fevereiro de mil trezentos e noventa e sete, perante Vasco. (a) Gonçalves Corregedor da Caza d'ElRey, e Affonso Annes d'Alemquer, (b) seu Ouvidor, sendo em Audiência com outras muitas companhias, foi publicada esta Ordenação. E eu João Martins, isto escrevi.[17]

Conta-nos, ainda, Côrtes (2006) que em consulta aos anais da Constituinte de 1891, observou a discussão acerca da forma de federação a ser adotada pela República então criada e que resultou inexoravelmente na forma de ataque às decisões judiciais para uma Corte de

---

[17] *ElRey Dom Pedro da Famoza Memoria, em seu tempo fez ley acerqua das Sopricaçoens em esta forma, que se segue.*

1 – Manda El Rey, que quaesquer, que quizerem aggravar pêra elle das Sentenças, que os seus Sobre-Juízes derem, que esses Sobre-Juízes lhes dem os aggravos, e que esses aggravos venham a elle pêra os livrar como direito for: pero manda, que aquelle, que aggravar quizer pague ante vinte cinquo libras em dinheiro, que lhe conheçam do aggravo, em sua chacellaria, assy como se usa na sua Caza.

2 – Era de mil trezentos e noventa e sete annos, sete dias de fevereiro, em Evora, perante Vasco. (a) Gonçalves Corregedor da Caza d'ElRey, e Affonso Annes d'Alemquer, (b) seu Ouvidor, sendo em Audencia com outras muitas companhias, foi publicada esta Ordenaçam. E eu Joam Martins esto escrepvi.

Justiça que tornasse indiscutível a decisão, sem com isso ferir a autonomia dos Estados-membros da União. Para tanto, José Afonso da Silva, ainda citado pelo mesmo autor (2006, p. 191), concorda que o recurso extraordinário teve – lamentavelmente, segundo ele, sua origem no instituto norte-americano. Ele próprio afirma que "lamentavelmente" porque não possuindo, o Brasil, a mesma experiência judiciária e jurisprudencial americana, o recurso extraordinário extraído do *writ of error* da cultura inglesa, transportado para a norte-americana, só poderia ser mal interpretado, como efetivamente se demonstrou posteriormente.

Medina (2002) se põe em consonância com Côrtes (2006), na medida em que igualmente defende que o recurso extraordinário tem sua origem no *writ of error* americano, editado em 1789, nos termos da seção 25 do *Judiciary Act,* portanto, quase um século antes do Dec. 848, de 24.10.1890, que instituiu a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, como vimos acima, no breve histórico realizado acerca do controle da constitucionalidade. De todo modo, é inegável que o recurso extraordinário se presta ao deslinde da questão constitucional controvertida.

Adotar-se-á aqui, portanto, a doutrina majoritária, que vê no *writ of error* americano, a origem do nosso atual recurso extraordinário, o qual, conforme a atual Constituição Federal, em seu art. 102, artigo III e suas alíneas, é o remédio processual cabível em face de decisão proferida ao arrepio da Constituição Federal; ou que declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; ou que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição da República; ou ainda que julgue válida lei local contestada em face de lei federal. Em ementa que abaixo será transcrita, o Min. Gilmar Mendes ensina que o objetivo deste recurso extremo é a preservação da autoridade e a uniformização da Constituição.

Para sua admissibilidade, porém, é imprescindível que a questão constitucional nele veiculada possua o que o art. 543-A, do Código de Processo Civil denominou de "repercussão geral", a qual veio conceituada no § 1º deste dispositivo, *verbis*: "Para efeito da repercussão

geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, **que ultrapassem os interesses subjetivos da causa**". (Grifo nosso)

De tal sorte que a repercussão geral deve ser analisada como um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, só sendo submetidos à apreciação do Excelso Supremo Tribunal Federal as matérias que apresentarem real interesse para sociedade como um todo e não apenas para as partes diretamente envolvidas na discussão traduzida naquele exato processo. Isso importa dizer que a decisão a ser proferida neste recurso transcenderá as partes do processo e atingirá toda a sociedade.

De tamanha importância o requisito de admissibilidade da repercussão geral, que o § 3º deste mesmo artigo dispõe textualmente que: "[...] o recorrente **deverá** demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, **a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso**, [...]". (Grifo nosso)

Temos, assim, que a repercussão geral é um requisito essencial à propositura do recurso extraordinário que, como tal, tende a afastar o conhecimento automático do recurso extraordinário. De tal sorte que não mais basta a existência de um julgamento ao arrepio de dispositivo constitucional, é essencial que daí decorra inexoravelmente "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesse subjetivos da causa" (§ 1º do art. 543-A, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2.006). De se ressaltar, por oportuno, que a decisão pela inexistência da repercussão geral é irrecorrível (§ 5º do mesmo artigo), estendendo seu alcance a todos os recursos versando a mesma questão.

Neste particular, é interessante ver uma ementa recente do Pleno do Excelso Supremo Tribunal Federal, proferida em acórdão criminal da lavra do eminente Ministro Gilmar Mendes, que abaixo reproduzo:

AI-QO 664567/RS – RIO GRANDE DO SUL QUESTÃO DE ORDEM NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 18/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação
DJE-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007
DJ 06-09-2007 PP-00037
EMENT VOL-02288-04 PP-00777
Parte(s)
AGTE.(S) : ORLANDO DUARTE ALVES
ADV.(A/S) : DÉCIO ITIBERÊ GOMES DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: **I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral.**

1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em conseqüência, às causas criminais.

2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular, o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades – referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros – que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III).

3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 – que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição –, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional.

4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas.

5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil.

6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: **o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição**, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que "ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06). (negrito nosso)

7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção – por remotas que sejam –, há sempre a garantia constitucional do *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII).

II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência.

1 . Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade – seja na origem, seja no Supremo Tribunal – verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a

demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327).
2. Cuida-se de **requisito formal, ônus do recorrente**, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita "à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal" (Art. 543-A, § 2º). (negrito nosso)
III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial.
1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º).
2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 – data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007.
3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser "formal e fundamentada".
4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.
Decisão
O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, decidiu a questão de ordem da seguinte forma:
1) que é de exigir-se a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em qualquer recurso extraordinário, incluído o criminal;
2) que a verificação da existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral das questões discutidas no recurso extraordinário pode fazer-se tanto na origem quanto no Supremo Tribunal Federal, cabendo exclusivamente a este Tribunal, no entanto, a decisão sobre a efetiva existência da repercussão geral;
3) que a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007.
Votou o Presidente.
Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 18.06.2007.

Inegável, portanto, a natureza de requisito de admissibilidade e fechados os parênteses essenciais à conceituação da repercussão geral para análise do recurso extraordinário, voltemos ao tema de nosso capítulo.

Antes, porém, e a par da repercussão geral, é imprescindível que o objeto do recurso extraordinário tenha sido objeto de pré-questionamento na instância recursal originária. Equivale dizer que se o acórdão atacado não se posicionar expressamente acerca do tema a ser levado à apreciação do Excelso Supremo Tribunal Federal, o recurso em apreço, uma vez mais, não será conhecido pela Corte. Neste sentido, a Súmula 356 daquela Corte: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Equivale dizer que deve haver posicionamento expresso do Tribunal *a quo* acerca do tema que se pretende ver debatido pela Suprema Corte. Nisso também não há nenhuma novidade, porquanto no breve histórico feito acima, viu-se a necessidade de se *questionar* a validade ou aplicação da lei e dos tratados quando estes se encontram em dissonância com o texto de lei federal ou constitucional (que aqui nos interessa, particularmente).

Por certo, o conceito de pré-questionamento sofreu também evolução com o decorrer do tempo, mas não perdeu sua essência, qual seja, a discussão do tema a ser abordado pela mais alta corte deve ter sido antes, travada na instância inferior. No particular, vejamos decisão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, publicada no DJU de 03.08.1990, *verbis*:

> Não basta só argüir previamente o tema de Direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido **efetivamente ventilada** na decisão recorrida. *Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos* – para não referir outros igualmente imprescindíveis – não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária.

E mais ainda: em aresto do Superior Tribunal de Justiça, capitaneado pelo Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJU em 22.03.1993, temos relativamente ao recurso especial, podendo ser transcrito sem receio de engano também no que diz respeito ao recurso extraordinário:

> O pré-questionamento das matérias inseridas nos dispositivos de Lei Federal, que embasam os fundamentos do Recurso especial, consubstancia pressuposto de recorribilidade e fez-se necessário, até, para evitar a supressão de uma das instâncias ordinárias. Configura-se o pré-questionamento, quando a matéria veiculada no REsp foi discutida e julgada, **expressamente** no contexto do acórdão recorrido.

De tal sorte que não se admite a subida do recurso extraordinário quando as partes não debateram à exaustão nas instâncias inferiores, a celeuma que se pretende levar à mais alta Corte, em seu aspecto constitucional. É de se ter em mente que este é um recurso extremo, só passível de utilização quando não mais couber recurso ordinário nenhum. Nestes termos, a Súm. nº 281 do Excelso Supremo Tribunal Federal, *verbis*: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".

E exatamente por se tratar de um recurso extremo para a Suprema Corte, guardiã da Constituição, as matérias nele veiculadas devem ter sido integralmente discutidas na origem (assim entendido De tal sorte que o Tribunal *a quo*) e possuir real e premente interesse social, donde a necessidade de repercussão geral da decisão ali exarada.

Não podemos olvidar, todavia, de que já em 1973, na redação original do Código de Processo Civil, havia como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, a argüição de relevância, em consonância com o quanto disposto à época, pela Constituição vigente (1967, com a Emenda de 1969), *verbis*:

> Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:
> […]
> III - julgar, mediante **recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:
> a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> c) julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
> d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.
> § 1º As causas a que se fere o item III, alíneas *a* e *d* , deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário **e relevância da questão federal**.

[…]

Como visto, a "argüição de relevância de questão federal" de que cuidava a EC nº 07, de 1977 aparentemente não difere muito da atual "repercussão geral" de que cuidam os parágrafos do art. 543-A, senão vejamos:

> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer **repercussão geral**, nos termos deste artigo.
> § 1º Para efeito da **repercussão geral**, será considerada a existência, ou não, de **questões relevantes** do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.
> § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.
> § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.
> […]

A razão para que o constituinte de 1988 tenha extirpado do bojo da Carta de Outubro a necessidade de relevância da questão federal, foi, sem dúvida nenhuma, permitir o mais amplo acesso à plena entrega jurisdicional, incluindo aí a Corte Suprema. Tal preceito encontra ressonância total no inc. LV do art. 5º da Carta de Outubro, que garante amplo acesso à Justiça e a todos os meios defesa, inclusive a recursos à superior instância. Atribuindo-se a este dispositivo a mais ampla interpretação, chegou-se à errônea conclusão de que toda e qualquer discussão poderia ser levada ao Supremo Tribunal Federal, na medida do interesse das partes litigantes, o que obviamente, não poderia subsistir por muito tempo.

Tanto o resultado daí obtido não foi o esperado pelo constituinte originário, que já em setembro de 2.001, por meio da Medida Provisória nº 2.226, incluiu-se na CLT (cujas disposições são essencialmente protetivas ao obreiro – o mais fraco nos pólos em oposição nos processos em trâmite naquela Justiça especializada) o art. 896-A[18], que exige para o conhecimento do Recurso de Revista pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que a

[18] Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica". (NR)

parte demonstre existir “transcendência” no quanto por ela postulado. Ou seja, em outras palavras, exigiu-se do recorrente de revista que demonstre à corte superior trabalhista que suas razões para que o máximo órgão deste judiciário conheça sua matéria extrapolam os limites de sua demanda, influenciando toda a comunidade na qual se inserem os demandantes. Mas este não é nosso tema. Retornemos a ele, pois.

No mesmo ritmo desta alteração na Consolidação das Leis do Trabalho, retornou ao ordenamento processual civil a figura da antiga “relevância da questão federal”, repaginada com o bonito nome de “repercussão geral”.

Dizemos “repaginada” porque a relevância da questão federal tinha por objetivo, como ensinam Marinoni e Mitidiero (2007), levar à apreciação da Suprema Corte matérias que *prima facie* não seriam por ela conhecidas; a “repercussão geral”, por seu turno, tem objetivo diametralmente oposto: retirar da apreciação da mesma Corte matérias que não contenham em si relevância social, política, jurídica ou econômica.

Há, ainda, uma diferença substancial entre os dois institutos – talvez este o motivo principal para que o Constituinte de Outubro tenha optado por retirar da Carta Cidadã a necessidade da relevância da questão federal para conhecimento do Recurso Extraordinário – que consiste na forma de apreciação da existência de tais requisitos. Com efeito, a argüição de relevância era decidida pelo STF em questão secreta, dispensada a motivação; por outro lado, a repercussão geral, hoje inserta como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, deve ser votada em sessão pública e devidamente fundamentada, mesmo

porque desta decisão não há previsão de recurso nenhum. Isso, sem dúvida nenhuma, colabora para a transparência do Poder Judiciário, favorecendo a credibilidade de suas decisões.

Ensinam os autores (2007, p. 33) que a repercussão geral tem por característica básica a união inseparável de relevância e transcendência:

> A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia.

Não há dúvida de que a intenção do legislador em todas estas hipóteses foi inequivocamente tornar mais ágil e atribuir maior **efetividade** à prestação jurisdicional. Todavia, falávamos dos efeitos da decisão em recurso extraordinário após o advento da alteração que trouxe ao Código de Processo Civil a necessidade de "repercussão geral" para o conhecimento do recurso extraordinário. É do que trataremos objetivamente abaixo.

"Repercussão geral", como visto, é uma expressão por demais aberta, sem um conceito juridicamente determinado, alcançando aspectos jurídicos e econômicos, quando em jogo direitos pertinentes ao sistema financeiro de habitação ou aos serviços públicos; pode levar em conta aspectos sociais, quando se põe em Juízo demandas relativas à educação, legitimidade do MP para tais ações etc., aspectos políticos nas relações com Estados Estrangeiros ou organismos internacionais.

Como já dito e é sempre bom ressaltar, a eliminação da argüição de relevância pela Carta Magna, em outubro de 1988 foi considerada à época positiva pela doutrina, na medida em que atribuía ao instituto o caráter de "entulho autoritário", especialmente se considerarmos o modo pelo qual a relevância era apreciada (sem fundamentação e em julgamento secreto, como esclarecido acima).

É extreme de dúvidas que a decisão acerca da repercussão deve ser fundamentada. A ausência de fundamentação desta decisão arrepia o inc. IX, do art. 93, da Carta Magna, que fixa o princípio da motivação das decisões judiciais, mormente pela força vinculativa desta decisão, configurada pelo § 5º, do art. 543-A, do CPC, verbis: "§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão

indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal". (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Tendo em conta que devem votar pela inexistência da repercussão geral 2/3 (dois terços) dos Ministros, ou seja, 8 (oito) deles, o recurso extraordinário só será admitido se pelo menos quatro ministros votarem favoravelmente à repercussão geral.

Conquanto irrecorrível, a decisão que decide pela inexistência da repercussão geral, quando não unânime, pode ser atacada por meio dos embargos infringentes, pela natureza que têm, de recurso do apelado. Com efeito, sendo negada a repercussão geral, com a conseqüente denegação de seguimento ao recurso, por decisão não unânime, o ataque por meio de embargos infringentes é de ser devidamente sopesado, na medida em que os argumentos em que se fundarem os embargos podem fazer com que, em nova votação, se tornem vencedores os votos anteriormente vencidos, reconhecendo-se a existência da repercussão geral, como a somatória da relevância e transcendência citadas acima.

Ultrapassada esta fase, prequestionada a matéria, reconhecida a repercussão geral e admitido o recurso extraordinário, após esgotadas todas as possibilidades de recurso ordinário, com a sua distribuição a relator, o recurso extraordinário é finalmente levado a julgamento. Qual ou quais os efeitos da decisão ali proferida?

É nosso alvo no próximo item.

2.4.1 Conseqüências da decisão em recurso extraordinário

A ementa transcrita acima é verdadeira aula versando a respeito do Recurso Extraordinário, fazendo até mesmo breve alusão a sua natureza jurídica, qual seja: remédio processual adequado à preservação da autoridade da Constituição, ao mesmo tempo em que se presta à uniformização de sua interpretação, senão vejamos o seguinte trecho de lá destacado:

"**[...] o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição**".

Ora, buscando "preservar a autoridade e uniformidade da inteligência da Constituição", seu efeito jurídico, então, seria o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, previstas na alínea "a" do inc. I, do art. 102, da Constituição da República? Em outras palavras, este recurso tem o condão de exercer controle de constitucionalidade? Em sendo positiva esta resposta, o controle aí exercido é difuso ou concentrado, na medida em que realizado pelo próprio Excelso Supremo Tribunal Federal, por força de disposição constitucional, o guardião supremo da Constituição Federal?

Antes de começarmos a pensar nas perguntas acima lançadas, é sempre bom ter em mente o que nos assevera Silva (2000, p. 15), quando citando Hans Kelsen, afirma que o controle da constitucionalidade tem por base a hierarquia normativa, aduzindo que:

> [...] sem adentrar no plano metajurídico, encontra o seu ponto de partida na Constituição, e nada mais significa senão a verificação da conformidade de uma norma ao texto constitucional.
> […]
> De outra parte, o controle da constitucionalidade, a rigor, passa por cima de conceitos tais como o de Constituição flexível ou rígida, na medida em que, *em tese*, pode incidir *de igual maneira sobre as leis e os atos normativos em geral, fundados tanto em uma, como em outra dessas espécies constitucionais.*

Começando a pensar acerca das perguntas acima lançadas, é inegável que o recurso extraordinário traduz uma inequívoca argüição de inconstitucionalidade de um ato jurídico: a sentença ou o acórdão atacado.

Com efeito, a interposição deste recurso extremo representa um ataque à decisão anterior, da qual não mais cabe recurso. E mais: o recorrente extraordinário considera que a decisão atacada é tão violenta, tão contrária aos ditames constitucionais, que deve sofrer a apreciação do Guardião da Constituição, tamanha a repercussão que decisões deste jaez têm

na sociedade. Equivale dizer que por este meio, a parte afirma que a prevalecer a decisão eivada de inconstitucional, a segurança jurídica de toda a sociedade sofre um sério risco.

Tivesse o recurso extraordinário, os mesmos efeitos jurídicos das já discutidas ações constitucionais (direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade), não haveria necessidade de disciplina especial para ele, bastando que se acrescesse ao dispositivo constitucional que qualquer pessoa poderia igualmente argüir qualquer das duas espécies de controle constitucional. Em outras palavras, seria o caso de se questionar o grau de inteligência e sapiência do legislador, que previu mais de um meio processual para a defesa de um mesmo bem ao invés de simplesmente aumentar o rol de legitimados àquelas ações. Como não se coloca em dúvida a sabedoria do legislador, só se pode concluir que não, definitivamente, seus efeitos não são idênticos às precitadas ações, posto que necessária a demonstração preliminar da repercussão geral da matéria a ser discutida por meio do recurso extraordinário.

Não sendo idênticos os efeitos, então, no que eles diferem? Que a legitimidade para um e outro é distinta, não se discute, na medida em que para o recurso extraordinário é legítima a parte sucumbente no feito do qual não mais caiba recurso, que pode ser até mesmo uma pessoa física; nas ações diretas, por outro lado, são legítimas as pessoas citadas no art. 103 da Carta de Outubro. Em nenhuma das hipóteses deste artigo se possibilita ao cidadão, particularmente, propô-las. Evidente, portanto, a diferença na legitimidade da propositura de um e outras.

Anteriormente à lei nº 11.418/2006, que introduziu o art. 543-A e, em conseqüência, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral, não havia necessidade de se discutir acerca dos efeitos da sentença no recurso extraordinário, porquanto não havia transcendência na prolação de decisão neste tipo de recurso. Assim, sua decisão ficava limitada às partes do processo.

Com o advento da precitada lei, todavia, e a conseqüente introdução da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, já não é tão simples dizer que os efeitos da decisão se dão apenas *inter partes* no feito. E mais: torna cabível a discussão acerca da similitude dos efeitos gerados por este acórdão, se são idênticos àqueles oriundos da decisão em ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, posto que as pessoas a tanto legitimadas sejam outras. Em outras palavras: qual o efeito prático que a introdução da repercussão geral como requisito essencial de admissibilidade do recurso extraordinário traz para a decisão nele proferida?

É de se ressaltar que a disposição do art. 3º da Lei nº 11.418, de 19.12.2006[19] delegou ao Excelso Supremo Tribunal Federal a regulamentação necessária e imprescindível à eficácia das alterações legislativas trazidas pelo diploma citado. Estas, por seu turno, somente se deram por meio da alteração regimental havida quando da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007, publicada no DJU de 03.05.2007.

Por meio desta Emenda Regimental, foi inserta no art. 327 do RISTF determinação para o ataque preliminar tratando – e provando – a repercussão geral. E não fosse isso suficiente, estabeleceu a possibilidade de o Presidente ou o Relator negar seguimento ao

recurso extraordinário que não trouxer fundamentação formal suficiente a comprovar a alegação de repercussão geral. De tal sorte que tornamos ao mesmo ponto: isto faz com que os efeitos desta decisão sejam idênticos aos das precitadas ações constitucionais?

Ousamos afirmar que não.

A decisão proferida pelo STF nas ações de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade tem força vinculante, inclusive, em suas razões, coisa que não sucede com a decisão prolatada em sede de recurso extraordinário. É que as precitadas ações

[19] Art. 3º. Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

constitucionais têm natureza repressiva, abstrata e concentrada, representando oportunidade ao Guardião da Constituição da República para que vincule todo o Poder Judiciário a fim de que todos os juízes e tribunais da federação brasileira decidam identicamente a questão a respeito da qual se posicionou.

O recurso extraordinário, ao contrário, posto que decidido pelo STF, este não mantém, aqui, seu papel de guardião da Constituição Federal, porquanto em sede de recurso extraordinário, o controle de constitucionalidade se dá concretamente. Trata-se, pois, de controle difuso de constitucionalidade, posto que de competência da Suprema Corte.

Nem se alegue que pelo fato de o reconhecimento de inexistência de repercussão valer para todos os recursos que versem a respeito de idêntica matéria, como previsto pelo § 5º do art. 543-A, do Código de Processo Civil, provocar o imediato indeferimento liminar de processamento dos demais, esta decisão tenha a mesma força vinculante da decisão em ADIn ou em ADC. Tampouco de se pregar idêntica força vinculante pela razão de o Tribunal de origem do Recurso Extraordinário – aquele cujo acórdão foi atacado pela parte como inconstitucional –, ter o poder de remeter apenas um dos processos versando o mesmo ataque constitucional para análise pelo STF, aplicando aos demais a decisão proferida pela Suprema Corte, a ponto de pura simplesmente não admitir a subida do recurso extraordinário cuja argüição de repercussão geral não foi reconhecida em outro feito com idênticas alegações.

É que julgado o mérito do recurso extraordinário, aqueles que foram sobrestados serão apreciados em seus tribunais de origem, que se retratarão ou os declararão prejudicados (§ 3º, do art. 543-B do CPC).

Destarte, conquanto a decisão acerca da repercussão geral no recurso extraordinário surta efeitos nos processos em trâmite nos tribunais inferiores, sua natureza não é idêntica às ações de controle concentrado, não tendo, a par da transcendência, o efeito *erga omnes* das demais. Assim sendo, distintos os efeitos, permanece o reconhecimento da sapiência do

legislador e se esclarecem os motivos pelos quais simplesmente, não se inseriu o cidadão comum, o sucumbente em um processo, como mais um legitimado às ações diretas de inconstitucionalidade.

A fim de que não paire dúvida nenhuma acerca dos efeitos dos diferentes remédios constitucionais para o ataque à lei federal ou ato normativo do Poder Público, é necessário que se frise que as decisões em recurso extraordinário possuem efeitos sempre *inter partes* e *ex tunc*, enquanto que aquelas proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, possuem efeitos *erga omnes* desde seu trânsito em julgado e *ex nunc* a partir da suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal.

2.5 Dos efeitos *ex tunc* e *ex nunc* das decisões em controle de constitucionalidade

Ao se tratar da ação direta de inconstitucionalidade, como já dito acima, o objeto da ação é a mera declaração, a qual vincula todas as demais decisões dos órgãos inferiores do Poder Judiciário, razão pela qual dispensa a comunicação ao Senado Federal, como já visto, pois a vinculação das demais instâncias judiciárias, na prática, retira a lei ou ato inconstitucional do ordenamento jurídico.

Seu efeito, portanto, dá-se, *erga omnes* e *ex nunc*.

Quando o assunto, porém, é debatido em sede de recurso extraordinário, o efeito se dá *inter partes* e *ex tunc* até que o STF comunique a decisão ao Senado e este, por meio de Resolução, a seu exclusivo critério, suspenda a execução da lei reconhecida inconstitucional. A partir daí – da suspensão da execução da lei inconstitucional, com sua retirada do ordenamento jurídico nacional – os efeitos passam a ser *erga omnes* e *ex nunc*. Ou seja,

apenas a partir da suspensão da execução da lei inconstitucional, é que a mesma deixa de surtir efeitos no mundo jurídico.

CAPÍTULO III. AS POSSIBILIDADES DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO TRABALHISTA

De início, vale citar o atual Ministro da Justiça Tarso Genro quando afirmou certa vez que "O juiz não pode ser um simples instrumento de estagnação das fontes materiais, antes deve ser adubo de sua vitalidade".

Ser "adubo de vitalidade" do ordenamento jurídico, jurar cumprir a Constituição e as leis e ao mesmo estar "contra a lei", como diz o eminente jurista e atual Ministro de Estado da Justiça, pode parecer uma contradição ímpar. No entanto, a par de jamais ter envergado uma toga, o Ministro soube magistralmente definir a função judicante.

Com efeito, o magistrado não é mero aplicador da lei, pois para isto bastaria, nos dias hodiernos, um bom programa de computador, no qual se lançariam os dados necessários e, quando o caso, a pretensão resistida. Lançada em campos próprios a pretensão, a defesa, os documentos após o devido escaneamento e os depoimentos testemunhais – estes quando existentes –, o programa faria o cruzamento dos dados e a seguir lançaria uma decisão absolutamente isenta de quaisquer interferências psico-sociais das quais o julgador humano não pode desvencilhar-se. Ao magistrado cabe decidir analisando cuidadosamente a pretensão resistida, os documentos e demais provas de cada feito, sopesando tanto o fato quanto a norma a ser aplicada ao caso concreto, bem como o valor que a comunidade na qual se insere atribui ao fato e à norma aplicável.

Por evidente, ao fazer o sopesamento de todas estas coisas, o magistrado deverá também – dir-se-ia até principalmente – verificar se a lei a ser aplicada àquele caso guarda consonância com a Constituição Federal.

Neste ponto, convém citar Diego Fernandes Estevez (2007, s.p.):

> Há em nosso sistema a chamada "constitucionalização do direito", que, em síntese, significa que o juiz não só pode, mas deve fazer valer todas as garantias previstas na Magna Carta, podendo inclusive afastar leis que estejam em confronto com princípios constitucionais.
> Rui Portanova sustenta que o juiz deve ser a expressão da democracia, não havendo razão para enclausurar o julgador em cubículos formais de procedimento com pouca liberdade criativa. Ao contrário, este deverá afastar a lei injusta aplicando os princípios gerais, a dialética, a transdogmática e a Constituição. Segue afirmando que o juiz deve se libertar do império da lei aproximando-se da realidade fazendo emergir um direito mais voltado à justiça e menos à legalidade.

Ser juiz hoje, portanto, é facilitar a aproximação da Constituição formal com a material. Para tanto, o juiz tem por dever de ofício, não aplicar a norma que entender injusta, porquanto o preceito maior da Carta Cidadã é a dignidade da pessoa humana, a qual não pode subsistir em meio à injustiça. A norma injusta, portanto, infringe a dignidade da pessoa humana e arrepia a Constituição, razão pela qual não deve ser aplicada.

Tendo isto em mente, ao juiz de primeiro grau cabe, sim, o exame concreto da constitucionalidade das leis e atos normativos e diante da conclusão negativa, negar-lhes eficácia ao caso sob sua análise. Por evidente, tal decisão não transcende as partes do processo, limitando os efeitos da coisa julgada unicamente a elas.

No que diz respeito ao controle difuso pelo juiz de primeiro grau, este não prescinde da aplicação do art. 97 da Constituição Federal[20], ao ser atacada, em sede de recurso, a sentença original. Com efeito, ao ser analisada pelo Tribunal a inconstitucionalidade acolhida no primeiro grau de jurisdição, tal matéria deverá ser submetida ao Pleno do Tribunal ou, caso haja, ao órgão especial, a fim de ser votada pela maioria de seus membros. Só assim o Tribunal pode reconhecer e declarar a inconstitucionalidade já reconhecida anteriormente pelo Juízo monocrático.

De se observar, por oportuno, que o controle difuso, hodiernamente, independe da provocação da parte – o que era imprescindível na primeira República como vimos acima,

[20] Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

quando do breve histórico do instituto no Brasil. Tampouco tal controle se restringe aos juízes federais. Hoje, é indiscutível que os juízes estaduais, como os federais, podem, de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e assim deixar de a aplicar. É o momento de retornar a Silva (2003, p. 287), em obra imprescindível ao estudioso da Constituição, na qual comenta cada um dos dispositivos constitucionais, quando diz que:

> [...] afinal, de acordo com o sistema difuso-incidental de controle da constitucionalidade das leis, em tese os juízos monocráticos também podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo; mas neste passo a referência aos órgãos colegiados, os tribunais. De outra parte, Câmaras e Turmas de órgãos colegiados, tribunais, também podem emitir tal declaração em julgamento *inter partes*, incidentalmente; e nesta hipótese o voto não será da maioria absoluta dos membros do respectivo tribunal, nem do respectivo órgão especial, mas do seu órgão parcelado.

E continua dizendo, o mesmo autor (2003), que tal declaração só produz efeitos após a formação da coisa julgada, por meio de decisões do STF, em recurso extraordinário, por exemplo, para nos mantermos apenas ligados àquelas decisões cujos efeitos se darão meramente *inter partes*.

O autor faz com esta interpretação, uma crítica ao texto vigente, vez que considera que apenas à Corte Suprema caberia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, vedando-se tal efeito aos tribunais inferiores e aos juízos monocráticos, mormente porque caso não haja recurso extraordinário no feito onde foi declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por decisão turmária ou monocrática, caso sequer tenha havido recurso ordinário ou apelação. De tal sorte que a decisão que considerou inconstitucional determinado ato ou lei transitou em julgado e fixou entre os litigantes a inconstitucionalidade de maneira indelével.

Em suma, para o autor (2003), ao juiz de primeiro grau não cabe **declarar** a inconstitucionalidade de uma lei, mas dizê-la inaplicável por dissonância com o texto constitucional. Quando se tratar de um ato inconstitucional, ao juiz de primeiro grau cabe,

sim, declarar sua nulidade por este motivo. A nulidade assim declarada gera efeitos *ex tunc*, ou seja, torna o ato absolutamente nulo porque desconforme à Constituição da República.

De se reconhecer, a par de tudo isso, que o ordenamento jurídico moderno não retirou do cidadão o direito de alegar a inconstitucionalidade de um dispositivo e em razão disso, pretender sua inaplicação ao caso concreto, como pode parecer ao leitor desatento. Fazendo-o, ele obriga o juízo monocrático (juiz de primeiro grau) a se manifestar expressamente acerca de sua alegação.

E mais, se acaso sucumbente renovar suas alegações em razões de recurso ou de apelação, obriga ao Tribunal que reúna o Pleno ou o órgão especial como já vimos alhures, para discutir inconstitucionalidade alegada, pois só assim o Tribunal poderá declará-la.

É evidente que não é de todo confortável ao juiz de primeiro grau reconhecer a inconstitucionalidade de um texto legal ou ato administrativo, mormente na Justiça do Trabalho, onde a nulidade do contrato de trabalho gera efeitos ainda mais danosos ao trabalhador que ao administrador imprudente. É que nem sempre o empregado em questão tem consciência da ilegalidade de sua contratação, pois confia na Administração Pública como um todo e no administrador especificamente. Gera desconforto não só a declaração em si, mas a convivência posterior deste juiz na comunidade, onde encontrará em diversos locais – mormente nas pequenas cidades –, por exemplo, o Sr. Prefeito e o ex-empregado, que por ter sua contratação declarada inconstitucional e, portanto, nulificado o seu contrato de trabalho, ficou sem o seu sustento. O encontro com tais pessoas não gera, na maioria das vezes, uma agradável situação para nenhum dos envolvidos. Por este motivo, considero corajoso o juiz de primeiro grau que ousa reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei municipal, por exemplo, e a partir de então tornar nulo o ato daí decorrente.

Exemplo disso encontramos em um processo julgado pela autora desta dissertação, feito número 968/1999, que tramitou pela 3ª Vara do Trabalho de Araçatuba, no interior deste

Estado. Neste feito, a reclamante, ex-servidora municipal ("atendente de telefone"), busca sua reintegração aos quadros do município. Este afirma que contratação da reclamante foi válida e eficaz porque se tratava de cargo de confiança, conforme lei municipal. O Juízo (à época, ainda colegiado, pois ainda havia a figura dos senhores juízes classistas), analisando a constitucionalidade de tal disposição, declara a inconstitucionalidade do ato e o nulifica com efeitos *ex tunc*.

> **Nulidade da contratação da reclamante**
> Inicialmente, há que se perquirir da possibilidade de admissão pelo município, confessadamente sem a prévia aprovação em concurso público.
> Alega, o reclamado, que a Lei Municipal nº 1.037, de 22.02.96 prevê a livre contratação e exoneração de "atendente de telefone", colocando este cargo como sendo *por provimento em comissão* (vide parágrafo único do art. 1º da precitada lei, às fls. 40.
> Ensina Diógenes Gasparini, *in* "Direito Administrativo", ed. Saraiva, 3ª edição, 1993, pág. 208 que: *"Os cargos de provimento em comissão são próprios para a* ***direção, comando ou chefia*** *de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação,* ***ajudando-a a promover a direção superior da Administração****"* (negritei).
> Ora, o cargo de "atendente de telefone", como diz a Lei em comento não é, nem de longe, um cargo de direção, comando ou chefia. Não tem ele a mesma importância de um secretário municipal. Colocar o cargo de "atendente de telefone" como sendo de provimento em comissão, é atribuir a quem ocupa este cargo, o mesmo *status* de um Secretário Municipal da Educação, por exemplo, ou da Fazenda. Por óbvio, a "atendente de telefone" não goza do mesmo prestígio destas pessoas junto à sua comunidade, nem tem o mesmo nível salarial deles, tampouco participa da direção superior da administração pública municipal.
> Se é certo que o Município goza de autonomia, com capacidade de auto-organização, pois elabora sua própria lei orgânica; auto-governo, uma vez que elege seu prefeito e seus vereadores; capacidade normativa própria, eis que elabora leis de sua competência; e capacidade de auto-administração, uma vez que tem uma administração própria para manter e prestar os serviços de interesse de sua comunidade, é igualmente certo que se subsume à ordem maior estabelecida pela Carta Magna.
> Com efeito, o que se observa da precitada lei municipal 1.037/96, é que o legislador municipal olvidou-se do disposto no inc. II, do art. 7º, da Constituição da República, ao fixar como de livres nomeação e exoneração cargo de somenos importância na Administração Pública Municipal. **De sorte que esta lei, por não atender aos princípios constitucionais atinentes à contratação de pessoal, não merece eficácia e aplicabilidade.** (não destacado no original)
> Assim, exercendo o controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos, considero inconstitucional da Lei Municipal nº 1.037/96 e declaro nulo de pleno direito o contrato de trabalho existente entre as partes.
> Sendo nulo o contrato de trabalho, não gera ele qualquer efeito jurídico, nada mais sendo devido à autora, eis que a força de trabalho por ela despendida foi remunerada pelo Município réu, uma vez que seus salários foram pagos.

> Destarte, sendo nulo o contrato de trabalho, não há falar-se em qualquer das verbas elencadas na inicial, sendo **improcedente** a reclamação.

As partes não interpuseram recurso desta decisão. Em conseqüência, ocorreu o trânsito em julgado desta sentença que decidiu pela inconstitucionalidade de lei municipal, sem que houvesse sua subsunção ao Pleno do E. Regional correspondente, por se tratar de decisão de constitucionalidade que se deu de forma meramente incidental, com efeitos apenas *inter partes.*

Também neste sentido, vale transcrever ementa da eminente juíza do trabalho Ana Paula Pelegrina Lockman, convocada para o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, apreciando o feito nº 00029-2004-018-15-00-0, em trâmite pela Vara do Trabalho de Itu/SP, assim decidiu:

> **EMENTA**
> **LEI MUNICIPAL Nº 3.972/96. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. JUÍZO DE 1º GRAU. POSSIBILIDADE**. No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa, sendo certo que este último é confiado **a todo e qualquer juiz ou tribunal do país**, os quais têm a faculdade **e a obrigação** de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Esse controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes,* aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional. Incensurável, portanto, a r. decisão de 1º grau, ao declarar, *incidenter tantum,* a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.972/96, por afronta às normas constitucionais que regem a administração das Finanças Públicas. (Grifo nosso)

Apreciando, portanto, idêntica demanda, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região considerou válida a apreciação da constitucionalidade de lei municipal pelo juiz de primeiro grau, sem, contudo, submeter a decisão previamente ao Pleno. E como defendido acima, a decisão proferida *incidenter tantum* não guarda consigo efeito *erga omnes*, posto que se cuide de controle repressivo de constitucionalidade.

Interessante observar o Regimento Interno do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no particular, que dispõe:

Art. 20. Compete ao Tribunal Pleno:
I - Em matéria judiciária:
a) processar e julgar originariamente:
1. as argüições de inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público, **quando acolhidas pelas Seções Especializadas, pelas Câmaras, ou quando opostas em processos de sua competência originária**;
[…]
Art. 45. Compete ao Presidente de cada Seção Especializada:
[…]
XI - submeter à consideração do Tribunal Pleno, por intermédio do Presidente do Tribunal, após a lavratura do respectivo acórdão, os processos em que, na Seção Especializada, tenha sido acolhida argüição de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público;
[…]
Da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato do Poder Público
Art. 170. Submetida a questão da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo de poder público ao órgão a que couber o conhecimento do processo e **reconhecida a sua relevância**, será a argüição levada a julgamento pelo Tribunal Pleno, observadas as disposições dos arts. 481, *in fine* e 482 do CPC. (negrito da autora).

§ 1º O Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e os legitimados referidos no art. 103 da CF terão o prazo de dez dias, contados da ciência do incidente para, querendo, manifestar-se.

§ 2º A argüição será tida como irrelevante quando:
I – já houver sido decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal;
II - houver sido decidida e tiver resultado em Súmula do Tribunal Superior do Trabalho e do próprio Tribunal. (*Redação dada pelo Assento Regimental nº 12, de 11 de setembro de 2006*)

§ 3º Julgada a argüição e declarada irrelevante, prosseguir-se-á na apreciação das demais questões.
Art. 171. Retornando os autos do Ministério Público, que terá o prazo de dez dias para parecer, a matéria será submetida à apreciação do Tribunal Pleno na primeira sessão a ser designada.
Art. 172. Concluído o julgamento, somente será declarada a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público se obtida a maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal.

§ 1º A decisão vinculará o julgamento do feito que lhe deu origem.

§ 2º Alcançada a maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal, a matéria será objeto de Súmula.

§ 3º As decisões que reconhecerem, ou não, a relevância da argüição, bem como a decisão final do Tribunal Pleno, são irrecorríveis nesta fase, sem prejuízo dos recursos próprios e cabíveis no processo em que se originou a argüição incidental.
Art. 173. Aplicam-se ao processo de argüição de inconstitucionalidade, no que couber, as disposições estabelecidas para o incidente de uniformização de jurisprudência, excetuado o disposto no § 2º do art. 193, haja vista a regra contida no art. 672, § 3º, da CLT. (*Redação dada pelo Assento Regimental nº 12, de 11 de setembro de 2006*).

É digno de se ressaltar que o Regimento Interno deste Tribunal fala em "reconhecer a relevância" e diz ser irrelevante a argüição quando esta já houver sido apreciada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal (em razão do efeito *erga omnes* e vinculante da decisão da Corte Suprema), ou ainda quando houver sido decidida e tiver resultado em Súmula do Tribunal Superior do Trabalho e do próprio Tribunal, ambas cortes que não possuem o *status* de guardiãs da Constituição.

Tratando exatamente desta relevância, apresenta-se abaixo a apreciação de uma argüição de inconstitucionalidade por uma das Turmas de Julgamento deste Regional, que recebeu da MM. Juíza Relatora Maria Cecília Fernandes Álvares Leite, a seguinte decisão:

> PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 01469-2002-047-15-40-2 ARGI (21262/2003-ARGI-4)
> ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
> SUSCITANTE: SEXTA TURMA DO E. TRT/15ª REGIÃO
> **EMENTA:**
> ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93. MATÉRIA AMPLAMENTE APRECIADA PELO C. TST. IRRELEVÂNCIA DO INCIDENTE. ART. 170, II, § 2º, REGIMENTA. A par de se permitir a todo e qualquer juiz ou Tribunal o controle difuso de constitucionalidade das leis, o amplo debate travado perante o C. TST acerca da matéria atinente à responsabilização do ente público quanto às obrigações trabalhistas assumidas pelas empresas por ele contratadas, desaguando inclusive na reformulação da súmula de seu Enunciado 331, torna irrelevante a apreciação do incidente suscitado (art. 170, II, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal).
> **ACÓRDÃO:**
> Cuida-se de argüição de inconstitucionalidade de preceito legal (art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93) agitada incidentalmente, de ofício, pelo juiz relator a quem foram distribuídos os autos do Processo TRT/15ª Região nº 1469-2002-047-15-00-8-ROPS, ao fundamento de estar referido dispositivo de lei em desacordo com os limites da responsabilidade estatal, que o legislador constituinte atribui ao ente público pelos atos que pratica mediante interposta pessoa. Assim, para atendimento do contido no art. 97 da Constituição Federal, foi determinado o conhecimento do caso pelo plenário deste E. Tribunal, para decisão acerca do vício.
> O opinativo do órgão ministerial é pelo acolhimento da argüição, declarando-se inconstitucional a citada norma (fls. 111/117).
> É o breve relatório.
> **VOTO**
> Satisfeitas as exigências legais e regimentais, conheço do incidente.
> A 6ª Turma deste E. Regional acolheu a argüição de inconstitucionalidade relativa ao parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, por cuja redação se confere à Administração Pública isenção de responsabilidade

> quanto às obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais assumidas pelas empresas por ela contratadas.
> O exame acurado da matéria, contudo, revela que a menção deste teor, contida nos julgados trazidos à colação, não desembocam na necessária apreciação deste E. Tribunal Pleno e em seu conseqüente pronunciamento decisório.
> O sistema de controle repressivo de constitucionalidade de leis e atos normativos, que em regra é atribuído, no direito constitucional brasileiro, ao Poder Judiciário, reconhece a possibilidade de todo e qualquer juiz ou Tribunal averiguar na hipótese concreta que se lhes apresenta a conformidade da situação jurídica posta com os princípios e preceitos constitucionais. É o chamado controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa, refere José Afonso da Silva, in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 23ª edição, Malheiros Editores, pág. 49), método pelo qual os membros deste Poder, no exercício do controle jurisdicional, poderão, verificando a incongruência da norma jurídica com a ordem constitucional, deixar de aplicá-la.
> De mais a mais, o assunto ora enfocado, de ampla repercussão em nossas Cortes trabalhistas, foi objeto de análise detida no Colendo Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº TST-IUJ-RR-297.751/96.2, DJ 20.10.2000), desaguando na reformulação de sua Súmula 331, com sua conseqüente adequação aos princípios atinentes à responsabilidade obrigacional, à luz dos ditames da Constituição Federal.
> Nesse sentir, irrelevante se mostra a apreciação desta argüição de inconstitucionalidade, consoante o parágrafo segundo, inciso II do artigo 170 do Regimento Interno deste Tribunal, razão pela qual a rejeito.
> (a) MARIA CECÍLIA FERNANDES ALVARES LEITE - Juíza Relatora.

Por óbvio, o não reconhecimento da relevância da questão decidida pelo TST e pelo próprio Regional e a conseqüente decisão em conformidade às súmulas dos respectivos tribunais ocasiona a subida de eventual recurso extraordinário, como abaixo melhor se explanará.

E mais, como se viu logo no número 1, da alínea "a", do artigo 20, só será submetida ao Pleno a decisão que **acolher** a inconstitucionalidade argüida. Equivale dizer que a decisão que afastar a argüição de inconstitucionalidade faz com que o Pleno sequer discuta a matéria, o que traz a possibilidade de se argüir a inconstitucionalidade desta própria disposição. No entanto, o art. 97 da Constituição Federal traz cláusula de reserva apenas para a **declaração de inconstitucionalidade**: "Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais **declarar a inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo do Poder Público".

Vemos, portanto, que a reserva de plenário parte do pressuposto de que a lei em vigor é válida e eficaz, apta a surtir todos os efeitos jurídicos de qualquer lei. De tal sorte que para contrariar esta premissa, há que se ter um quórum mínimo e qualificado – daí a reserva de plenário. Para o reconhecimento da **inconstitucionalidade** da lei em vigor, é necessário que se reúna o Pleno ou o Órgão Especial do tribunal que apreciará a argüição de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, por meio do controle difuso.

Neste aspecto, vemos em Barroso (2006, p. 84), a notícia de que o STF invalidou decisões turmárias de tribunais inferiores, sob o fundamento de inobservância da reserva de plenário imposta pelo art. 97 da *Lex Major* que ora comentamos. E afirma:

> [...] o fio condutor dos pronunciamentos da Corte [STF] foi o de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta.

No afã de corroborar seu ensinamento, cita decisão do min. Moreira Alves, publicada pleo DJU de 30.10.1998, na página 15. Trata-se de acórdão proferido no recurso extraordinário RE 179.170-CE, *verbis*:

> A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica "incidenter tantum" e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o juiz, ou o tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica "incidenter tantum" quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Mais recentemente, Moraes (2006, p. 648) nos mostra que:

> Esta verdadeira *cláusula de reserva de plenário* atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os

> tribunais, via difusa e, para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado.

Uma vez mais, oito anos depois, vimos que a cláusula de reserva de plenário se mantém íntegra, de tal sorte que se ao juízo monocrático não se nega – ao contrário, como já defendido alhures, até se incentiva que declare a inconstitucionalidade de lei em vigor ao arrepio da Carta Cidadã – o mesmo não se dá com os tribunais inferiores, ao decidir a mesma inconstitucionalidade concretamente, ou seja, utilizando-se do controle difuso da constitucionalidade. Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade, é inexorável a subsunção ao Pleno ou ao Órgão Especial.

Há jurisprudência no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a inobservância à cláusula de reserva resvala necessariamente na ineficácia da decisão, por absoluta nulidade da decisão judicial que não a respeita. Todavia, ainda segundo nos ensina MORAES na obra já citada, a primeira Turma do STF já considerou dispensável o cumprimento deste dispositivo em comento (art. 97, da Carta Magna), desde que o Pleno do STF já se tenha manifestado anteriormente a respeito do mesmo ato normativo ou que, no tribunal *a quo* já haja decisão plenária acerca da matéria, negando a inconstitucionalidade argüida *incidenter tantum.*

Nem se cogite que em razão de a decisão que declara a inconstitucionalidade ser necessariamente precedida pelo conhecimento da questão e sua conseqüente discussão, o afastamento, pela Câmara ou Seção do Regional, da alegação de inconstitucionalidade traz consigo, intrinsecamente, um certo grau de inconstitucionalidade, porquanto o que o legislador, mormente o legislador constituinte derivado, não restringiu não cabe ao intérprete fazê-lo.

Tanto que há no primeiro quanto no segundo graus de jurisdição trabalhista, decisões reconhecendo a inconstitucionalidade de determinado ato administrativo – e até de leis municipais – como já tivemos oportunidade de ver acima, em sentença por mim proferida e

uma vez mais no acórdão que reproduzo abaixo, da lavra do MM. Juiz do TRT, Dr. Lorival Ferreira dos Santos, *verbis*:

> **CONTRATO DETERMINADO/ NULIDADE**
> A Constituição de 1988 consagrou no artigo 37, a observância dos princípios de impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade da atividade administrativa, inclusive quanto a cargos, empregos e funções públicas, condicionando a investidura à aprovação prévia em concurso público de provas, ressalvando apenas do preenchimento de cargos em comissão, criados por lei ou as contratações para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, definido em lei.
> O contrato de fl. 34 confirma a alegação das partes de que foi firmado com o reclamante sucessivos contratos determinados, ao longo do período de 01/06/97 a 01/08/2001 (conforme TRCT de fls. 05).
> Restou inimpugnada a afirmação do obreiro de que foi contratado para execer a função de assistente administrativo com o objetivo de atender necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme autorização da Lei Municipal 2316/97 prorrogada pelas Leis 2408/98, 2490/99 e 2582/01.
> Ora, a Lei Municipal nº 2316/97 previu a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público pelo prazo máximo de 01 ano, período em que deveria estar em tramitação processo para realização de concurso público (art. 3º).
> "In casu", a ocupação do reclamante da função de assistente administrativo ao longo de mais de quatro anos demonstra que a contratação do reclamante não se deu para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, eis que o administrador público valeu-se deste tipo de contratação para suprir deficiência de mão-de-obra em caráter permanente.
> Assim, a irregularidade da contratação temporária é inequívoca, entretanto, tratando-se o empregador de ente público, a contratação do reclamante não pode ser considerada relação empregatícia válida, já que não foi respeitado o requisito de prévia aprovação em concurso público previsto no art. 37, II, da Carta Magna de 1988.
> Por afrontar o art. 37, II, da Carta Magna, tal contratação é nula de pleno direito, face aos termos do §2º do art. 37, da Carta Magna. Entretanto nas relações trabalhistas, onde as condições do trabalhador não se igualam ao do empregado (que, com seu trabalho, busca sua sobrevivência) e, por esta razão, há proteção especial da lei, não há como se assegurar ao trabalhador, ante a impossibilidade do retorno do obreiro ao *status quo ante,* apenas os salários "stricto sensu", porque estaria sendo premiado o procedimento irregular do administrador, causando-lhe o enriquecimento ilícito, e, em contrapartida, estaria sendo punido o empregado que presumivelmente agiu de boa-fé na contratação.
> O dispositivo constitucional destinado a moralizar o serviço público não tenciona ignorar os direitos do trabalhador, tanto que assegura a prevalência dos direitos fundamentais em respeito à dignidade da pessoa. Na verdade, foram constituídos, como esteios do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, sendo estabelecido que a ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem estar e a justiça sociais (art. 193).
> É verdade que o § 2º do artigo 37 da Constituição Federal, fulmina de nulidade a contratação sem a existência de concurso público, porém, tal disposição constitucional é dirigida ao administrador da coisa pública, pois

não se pode perder de vista o caráter tutelar do contrato do trabalho e o princípio da primazia da realidade, assim, como a valorização do trabalho humano, com relevo para o fato de que os direitos sociais também encontram-se elencados na Constituição Federal.

Há que se reconhecer que a nulidade no contrato de trabalho não gera os mesmos efeitos daquela encontrada no Direito Civil, devendo o obreiro ser indenizado pelos serviços prestados, devendo ser observado o princípio da primazia da realidade e o princípio da garantia dos direitos mínimos. Orlando Gomes e Elson Gottschalk, "in" Curso de Direito do Trabalho, Volume I, 7ª edição, pág. 180, ensina:

"O princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo insuscetível de restituição. Se a nulidade absoluta tem efeito retroativo, se repõe os contraentes no estado em que se encontravam ao estipular o contrato nulo, como se não fora celebrado, nenhuma parte tem o direito de exigir da outra o cumprimento da obrigação. Donde se segue que o empregado não tem o direito de cobrar o salário ajustado. Esta seria a conseqüência inelutável do princípio da retroatividade da nulidade de pleno direito.

Mas, é conseqüência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com o fundamento na regra que proíbe o enriquecimento ilícito. Porque a verdade é que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente o empregador, como pondera DE LA CUEVA, ao criticar a opinião de HUECK-NIPPERDEY. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O Contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardeais da teoria civilista das nulidades.

Assim sendo, conquanto entendo serem devidas, em razão da nulidade da contratação, todas as verbas de natureza salarial do período contratual, inclusive horas extras se comprovado o trabalho suplementar, com exceção do aviso prévio e acréscimo de 40% do FGTS por inexistir a figura da dispensa imotivada, mas sim do contrato nulo que justifica a rescisão contratual, curvo-me ao entendimento majoritário da Turma, para deferir tão somente o recolhimento do FGTS do período laborado, pois inquestionável o direito do trabalhador a tal parcela, de acordo com o disposto na Medida Provisória nº 2164-41, de 24/08/01 que acrescentou o art. 19-A à Lei 8036/90, devendo o reclamado ser condenado a proceder ao recolhimento do FGTS do período postulado, inclusive sobre 13º salários integrais pagos no período contratual.

Nestas condições, reforma-se parcialmente a r. sentença de origem para condenar o reclamado a proceder ao recolhimento do FGTS deferido.

Ante o exposto, resolvo conhecer e dar parcial provimento ao recurso do reclamante, para julgar procedente em parte a reclamação, condenando o Município reclamado a proceder ao recolhimento do FGTS do período postulado, inclusive sobre 13º salários integrais pagos no período contratual, no prazo de 30 dias contados do trânsito em julgado desta decisão, sob pena de execução direta, ocasião em que o valor respectivo será liberado ao

> reclamante através de alvará judicial. Juros, correção monetária na forma da lei, tudo nos termos da fundamentação, parte integrante do presente dispositivo.
> Fica arbitrado o valor da condenação em R$2.000,00, para fins recursais, fixando-se as custas processuais em R$40,00, a cargo do reclamado, das quais fica isento, face ao preconizado no art. 790-A da CLT introduzido pela Lei 10537, de 27/08/02. (a) LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS – Juiz Relator.

Vê-se, portanto, que a Turma entendeu inconstitucional a contratação do reclamante, determinando o pagamento dos valores pertinentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, sem que para isso fosse movimentado o Pleno do Regional, tendo em vista jurisprudência cristalizada pelo Enunciado de Súmula nº 363 do C. Tribunal Superior do Trabalho[21], no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de tal contratação e a conseqüência reconhecida e determinada pelo v. Acórdão acima transcrito.

Relativamente à provocação do Pleno e à observância da cláusula de reserva de plenário, é verdadeira aula de processo e direito constitucional, destacando-se sua clareza solar, o acórdão da lavra do MM. Juiz do Tribunal Paulo de Tarso Salomão, que tendo sido submetida ao Pleno do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região, assim decidiu uma argüição de inconstitucionalidade de lei municipal, em um caso concreto. Afastando a argüição, determina o retorno dos autos à Câmara de origem, para julgamento do Recurso Ordinário:

> PROCESSO TRT/15ª REG. Nº 00856-2002-059-15-00-7 (18309/2003-ARGI-6)
> ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.
> SUSCITANTE - 9ª Câmara da QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, NOS AUTOS DO PROCESSO 00856-2002-059-15-00-7 (18309/2003-RO-6).
> MATÉRIA - Constitucionalidade do inciso II do artigo 2º, da Lei nº 2.316/97, do Município de Campos do Jordão.
> RECORRENTE - SALATIEL PINTO DA SILVA.
> RECORRIDO - MUNICÍPIO DE CAMPOS DO JORDÃO.
> EMENTA:

[21] Nº 363 - Contrato nulo. Efeitos - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

INCONSTITUCIONALIDADE. RELEVÂNCIA. PRESSUPOSTO. A declaração de inconstitucionalidade de lei, ou de ato normativo da Administração Pública, pressupõe, necessariamente, o reconhecimento de sua relevância para a solução do caso concreto. Como Tribunal não é órgão consultivo, a argüição de inconstitucionalidade deve ser rejeitada sempre que constatada a inexistência dessa exigência.

ACÓRDÃO:

Trata-se de incidente de **declaração de inconstitucionalidade**, suscitado na sessão realizada em 20.01.2004 pela Egrégia **9ª Câmara da Quinta Turma** deste Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no recurso ordinário interposto por [...], na reclamação trabalhista por ele movida contra o **MUNICÍPIO DE CAMPOS DE JORDÃO**, para apreciação de argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso II da Lei Municipal nº 2.316/97, frente ao artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal (fls. 60/64).

Na mesma ocasião, resolveu a Egrégia **9ª Câmara da Quinta Turma**, por "votação unânime", "suspender o julgamento e remeter os autos ao Pleno para apreciação" do incidente (fl. 60).

Encaminhado ao E. Tribunal Pleno, pelo Exmo. Sr. Juiz Vice-Presidente foi determinado a autuação do feito, na forma do §2º, inciso XIV, do artigo 103 do Regimento Interno e a respectiva distribuição (fl. 66).

O Município de Campos de Jordão foi notificado para que trouxesse para os autos a cópia da Lei Municipal nº 2.455/98 e a declaração do período de sua vigência, bem como, "em querendo, se manifestar sobre o incidente de inconstitucionalidade, conforme o §1º, do artigo 170, do Regimento Interno" (fl. 69).

O Município requereu a juntada da certidão de vigência da Lei Municipal nº 2.455/98, de cópia dessa Lei e das Leis Municipais nºs. 2.316/97 e 2.408/98 (fls. 72/77).

A D. Procuradoria opinou pelo conhecimento da presente argüição e, no mérito, pela declaração da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 2º da Lei Municipal nº 2.316/97 de Campos do Jordão (fls. 81/86).

É o relatório.

VOTO.

01. Origem da argüição.

Trata-se de reclamação trabalhista movida por [...] contra o **MUNICÍPIO DE CAMPOS DE JORDÃO**, ambos qualificados nos autos (fl. 2), que foi julgada improcedente, por força da "nulidade do contrato de trabalho firmado entre as partes" (fl. 38), porque "o contido na Lei Municipal de nº 2.316, de 03.02.1997 mencionada na exordial, prorrogada na Lei Municipal de nº 2.408/98 (de 06.03.1998), é **inconstitucional** porque tornaria letra morta os requisitos previstos no inciso II do artigo 37 da Constituição da República" (fl. 36). O recurso ordinário foi interposto pelo **Reclamante**, tendo por fundamento a legalidade da contratação a título temporário, com base no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, e na Lei Municipal nº 2.316/97, "cujo prazo foi prorrogado pelas Leis do Município 2.408/98, 2.490/99 e por fim a Lei 2.582/01" (fls. 41/44).

A Egrégia 9ª Câmara da Quinta Turma deste Colendo Tribunal Regional do Trabalho decidiu, por votação unânime, suspender o julgamento do recurso ordinário e remeter os autos ao Egrégio Tribunal Pleno, para apreciação da possível inconstitucionalidade do **artigo 2º, inciso II, da Lei Municipal nº 2.316/97**, do Município de Campos do Jordão, frente ao artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, conforme previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil e nos artigos 170 a 173 do Regimento Interno deste Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (fls. 60/64).

02. Necessidade temporária. Lei Municipal. Autonomia constitucional.

O Reclamante foi admitido no dia **18.05.2000** (fls. 2, 12 e 34; fato não contestado: fls. 27/30) ou no dia **25.05.2000** (fls. 5/7 e 33), "**por tempo determinado**" (fls. 2 e 5) e "para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal).

A Constituição Federal determina somente que a "necessidade temporária" seja aferida em função do "**excepcional interesse público**" (artigo 37, IX), o qual, obviamente, deve ser regulamentado na legislação ordinária, mas com observância dos princípios resguardados no texto constitucional (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Em se tratando de Município, a "**lei**" mencionada no inciso IX do artigo 37 (CF) é aquela aprovada em **âmbito local**. Nesse sentido, ensina **Alexandre de Moraes** (Direito Constitucional, Editora Atlas, S. Paulo, 15ª edição, 2004, pág. 332/333), que:

"Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação temporária sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público, somente nas hipóteses previstas em lei".

"Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, muito perigosa, como diz Pinto Ferreira, por tratar-se de uma válvula de escape para fugir à obrigatoriedade dos concurso públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade:"

- "excepcional interesse público;"
- "temporariedade da contratação;"
- "hipóteses expressamente previstas em lei."

A lei mencionada no inciso IX do art. 37 da Constituição é a lei editada pela entidade contratadora, ou seja, lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a respectiva competência legislativa constitucional".

Nesse mesmo sentido, é a lição de **José Afonso da Silva** (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 16ª edição, 1999, pág. 661):

"Que lei? Achamos que será a **lei da entidade contratadora; lei federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, de acordo com as regras de competência federativa**. Não há de ser lei federal com validade para todas as entidades, porque não se lhe reserva competência para estabelecer lei geral ou especial dessa matéria com validade para todas. A autonomia administrativa das entidades não o permite".

Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, Editora Atlas, S. Paulo, 12ª edição, 2000, p. 425/426) tem o mesmo entendimento:

"Estados e Municípios que queiram contratar servidores temporários com base no artigo 37, IX, têm que estabelecer, por suas próprias leis, as hipóteses em que essa contratação é possível e o regime jurídico em que a mesma se dará".

Assim, não existe dúvida alguma de que a Lei Municipal nº 2.316/97 foi aprovada pelo Município de Campos do Jordão no estrito âmbito da autonomia a ele assegurada pela Constituição Federal.

03. Vigência. Artigo 2º, inciso II, da Lei Municipal nº 2.316/97, do Município de Campos de Jordão. Irrelevância no caso concreto. Rejeição da argüição.

Não obstante a nova redação do "*caput"* do artigo 37, da Constituição Federal, ter sido dada pela Emenda Constitucional nº 19, de **04.06.1998**, excluindo da redação original do preceito a administração "**fundacional**" e acrescentando o princípio da "**eficiência**", dentre aqueles de observância obrigatória pela administração pública direta e indireta de qualquer dos

Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), é certo que a possibilidade de contratação para atendimento de necessidade temporária e de excepcional interesse público (inciso IX), foi relegada à Lei para a sua regulamentação, como já ressaltado.

Para esse fim, foi aprovada a **Lei Federal nº 8.745**, de 09.12.1993, dispondo sobre a contratação, por tempo determinado, para que **os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas** pudessem atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público** nos termos do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal", nos seguintes termos:

"**Art. 2º. Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público**:"

"I - assistência a situações de calamidade pública;"

"II - combate a surtos endêmicos;"

"III – realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE; (Redação dada ao inciso pela Medida Provisória nº 1.748-41, de 06.05.1999, DOU 07.05.1999)"

"IV - admissão de professor substituto e professor visitante;"

"V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;"

"VI – atividades:"

"a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia;"

"b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI;"

"c) de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI;

"d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas;"

"e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC;"

"f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;"

"g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM. (Redação dada ao inciso pela Medida Provisória nº 1.748-41, de 06.05.1999, DOU 07.05.1999)".

"§ 1º. A contratação de professor substituto a que se refere o inciso IV far-se-á exclusivamente para suprir a falta de docente da carreira, decorrente de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória. (Parágrafo acrescentado pela Medida Provisória nº 1.748-41, de 06.05.1999, DOU 07.05.1999)".

"§ 2º. As contratações para substituir professores afastados para capacitação ficam limitadas a dez por cento do total de cargos de docentes da carreira constante do quadro de lotação da instituição. (alterações introduzidas pela Lei nº 9.849, de 26.10.99, DOU de 28.10.99)".

VII – manutenção e normalização da prestação de serviços públicos essenciais à comunidade, quando da ausência coletiva do serviço, paralisação ou suspensão das atividades por servidores públicos, por prazo superior a dez dias, e em quantitativo limitado ao número de servidores que

aderirem ao movimento. (inciso acrescentado pela MP nº 10, de 13.11.01, DOU de 14.11.01).

Anteriormente à Lei nº 8.745/93, a questão da "Contratação Temporária de Excepcional Interesse Público", **no âmbito da União, das suas Autarquias e Fundações Públicas**, estava regulada nos artigos 232 a 235, da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis, mas que foram expressamente revogados pelo artigo 18, daquela Lei.

Basta acessar o endereço eletrônico da Câmara Municipal de Campos do Jordão (www.camaracamposdojordao.sp.gov.br) para verificar que, à época da edição da Lei nº 2.316, em 13 de fevereiro de 1997 ou da sua prorrogação (Lei nº 2.408, de 06.03.1998 – fl. 10), as situações que caracterizariam a necessidade temporária de excepcional interesse público **ainda dependiam de lei para regulamentação** da norma contida no inciso IX, do artigo 37 da Constituição Federal, uma vez que o artigo 79, da Lei Orgânica daquele Município, promulgada em **05.04.1990**, estabelecia que:

"**Artigo 79** - (alterado pela Lei nº. 2.302/96, **de 12 de dezembro de 1.996** – Emenda nº 14/97 À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DO JORDAO). **A Lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público**, ficando vedada a contratação em caráter excepcional, enquanto existirem candidatos aprovados em concurso público anterior, e ainda não empossados nos respectivos cargos."

O vazio legislativo, nesse aspecto, somente foi preenchido pela **Lei Municipal nº 2.316, de 13.02.1997**, que regulou a "contratação de pessoal por prazo determinado", no âmbito municipal, nos seguintes termos:

"**Artigo 2º** - As contratações a que se refere o artigo 1º somente poderão ocorrer nos seguintes casos:"

"**I** – Prejuízos ou pertubações nas prestações de serviços públicos essenciais, quando caracterizada a urgência e inadiabilidade de atendimento da situação que possa comprometer a realização de eventos, ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, promoção social, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;"

"**II** – necessidade de pessoal, em decorrência de dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria e continuidade dos serviços burocráticos que estão sendo reorganizados dentro dos princípios de racionalização administrativa".

"**Artigo 3º** - As contratações serão feitas pelo tempo estritamente necessário para atender as hipóteses elencadas no artigo anterior, observando o prazo máximo de 01 (hum) ano, estando em tramitação processo para realização de concurso público".(sic - fl. 73).

O prazo de um ano para as contratações a título temporário (artigo 3º da Lei nº 2.316/97 – fl. 73) foi prorrogado por mais um ano pelo artigo 1º da Lei Municipal nº 2.408/98, de 06.03.98 (fl. 75), e, posteriormente, os incisos II do artigo 2º da Lei nº 2.316/97 foram **derrogados** pela **Lei Municipal nº 2.455, de 01.09.1998**, que regulamentou integralmente a matéria, nos seguintes termos:

"**Artigo 1º** - Os incisos I e II do Artigo 2º da (Lei) Municipal número 2.316, de 13 de fevereiro de 1.997, passam a vigorar com a seguinte redação".

"Artigo 2º - [...]"

"Inciso I – Para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, a Administração Pública Municipal, poderá efetuar a **contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos na Lei Federal número 8.745, de 21 de março de 1.996;"**

"Inciso II – Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

a) assistência a situações de calamidade pública;
b) combate a surtos endêmicos e epidêmicos;
c) auxiliares de recenseamentos;
d) admissão de professor substituto;
e) atividades especiais na área de saúde e educação para atender a população de baixa renda, nas situações mencionadas nos itens "a" e "b".
"Artigo 2º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".
"**Artigo 3º** - Ficam mantidos em vigor os demais artigos da Lei Municipal número 2.316, de 13 de fevereiro de 1.997, e a Lei Municipal número 2.408, de 06 de março de 1998." (sic - fls. 76/77).
Muito embora o Reclamante tivesse sido admitido no dia **18.05.2000** (fls. 2, 12 e 34; fato não contestado: fls. 27/30) ou no dia **25.05.2000** (fls. 5/7 e 33), "**por tempo determinado**" (fls. 2 e 5), a controvérsia foi solucionada à luz do **artigo 2º da Lei nº 2.316, de 13.02.97**, em sua **redação originária** (fl. 36), e que já havia sido **derrogada** pela **Lei Municipal nº 2.455, de 01.09.1998** (fls. 76/77).
A simples leitura da sentença não deixa dúvida alguma sobre a invocação de Lei Municipal **já revogada**, como razão de decidir:
"A Lei Municipal de nº 2.316/97 estabeleceu como causa para as contratações excepcionais, em seu artigo 2º: a)- **inciso I** – "prejuízos ou perturbações nas prestações de serviços públicos essenciais, quando caracterizada a urgência e inadiabilidade de atendimento da situação que possa comprometer a realização de eventos, ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, promoção social, equipamentos e outros bens, públicos e particulares; e b)- **inciso II** – "necessidade de pessoal, em decorrência de dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria e continuidade dos serviços burocráticos que estão sendo reorganizados dentro dos princípios de racionalização administrativa" (sic – fl. 36).
Em razão do procedimento escandalosamente descuidado do setor jurídico do Município Recorrido, o mesmo equívoco está presente no voto que resultou na instauração do incidente de argüição de inconstitucionalidade:
"No presente caso, o reclamante foi contratado conforme as Leis Municipais nº 2.316/97, 2408/98 e 2.490/99 que permitiram a admissão de pessoal nos termos de referido inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, para atender a prejuízos ou perturbações na prestação de serviços públicos essenciais, quando caracterizada a urgência (Lei Municipal nº 2.316/97 art. 2º, inciso I), ou a necessidade de pessoal, em decorrência de dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria e continuidade dos serviços burocráticos que estão sendo reorganizados dentro dos princípios de racionalização administrativa (inciso II, f.8)" (sic – fl. 62).
A simples comparação dos fundamentos da sentença (fl. 36) e do R. Acórdão (fl. 62) já deixa evidenciado o equívoco provocado pelo setor jurídico do Município Recorrido, pelo simples fato de que a redação do **artigo 2º, incisos I e II, da Lei nº 2.316, de 13.02.97, foi totalmente alterada pela Lei nº 2.455, de 01.09.1998** (fls. 76/77), como já transcrita neste voto.
Com base nesse arcabouço jurídico, também não se pode imaginar uma solução mais duradoura para a questão, porque as **Leis Municipais nºs 2.316, de 13.02.97, e 2.455, de 01.09.1998**, dentre outras (fls. 73/77), também já se encontram **revogadas**, de modo expresso, pelo **artigo 24 da Lei Municipal nº 2582, de 1º de fevereiro de 2001** (fls. 18/22).
Obviamente, como o Reclamante foi admitido no dia **18.05.2000** (fls. 2, 12 e 34; fato não contestado: fls. 27/30) ou no dia **25.05.2000** (fls. 5/7 e 33), "**por**

tempo determinado" (fls. 2 e 5), o caso dos autos não pode ser solucionado à luz da **Lei Municipal n° 2582, de 01.02.2001** (fls. 18/22), por força do **princípio de irretroatividade** da lei.

Qualquer solução que seja dada à questão da constitucionalidade, ou não, da legislação que regula a contratação a título temporário, no município de Campos de Jordão, não pode perder de vista essa **vigência temporária** de inúmeras posturas municipais, ao longo dos últimos anos.

A matéria relativa à nulidade da contratação de servidor, para "atender necessidade temporária de excepcional interesse público" (artigo 37, II, CF), já foi apreciada, incidentalmente, por inúmeras Câmaras deste Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, a saber:

a) **1ª Turma - 1ª Câmara** - Processo TRT/15ª Região nº 01439-2002-059-15-00-1 (19282/2003-RO-3) – Relator Juiz **LUIZ ROBERTO NUNES**;

b) **2ª Turma - 3ª Câmara** – PROCESSO TRT/15ª Região nº 0559-2002-059-15-00-1, Relator Juiz **JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA**;

c) **3ª Turma – 5ª Câmara** – PROCESSO TRT/15ª REGIÃO nº 00140-2002-059-15-00-0-RO (25293/2002-RO-7), Relatora Juíza **ANDREA GUELFI CUNHA** e PROCESSO TRT/15ª REGIÃO nº 00953-2002-059-15-00-0 (18310/03-RO-1), Relator Juiz **LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS**;

d) **5ª Turma – 9ª Câmara** - PROCESSO TRT/15ª REGIÃO nº 00709-2002-059-15-00-7–RO (18205/2003-RO-0), Relator Juiz **RICARDO ANTONIO DE PLATO** e PROCESSO TRT/15ª REGIÃO nº 18242/2003-RO-6, Relator Juiz **NILDEMAR DA SILVA RAMOS**;

e) **6ª Turma - 11ª Câmara** - PROCESSO TRT/15ª REGIÃO nº 00240-2002-059-15-00-6 REO, Relator Juiz **WAGNER JOSÉ TRINDADE**.

Em que pese isso, os fundamentos desses julgados anteriores não podem ser agora invocados, sem que fosse possível examinar, com algum cuidado, a **data de admissão de cada servidor** e, principalmente, a Lei Municipal que estava em vigor nessa ocasião.

No processo nº 0559-2002-059-15-00-1 (3ª Câmara - Relator **Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza**), por exemplo, foi ressaltado que o Reclamante teria prestado serviços por "**quatro anos e sete meses e meio**", e isso deixa evidenciado que a referida contratação não se dera na vigência da Lei nº 2.455, de 01.09.98 (fls. 76/77), como ocorreu com o Reclamante do processo em que suscitado o incidente (admitido em **18.05.2000** ou em **25.05.2000**).

Diante de tais considerações, torna-se imprescindível que fiquem ressaltadas as seguintes questões:

a)- que o Reclamante foi admitido no dia **18.05.2000** (fls. 2, 12 e 34; fato não contestado: fls. 27/30) ou no dia **25.05.2000** (fls. 5/7 e 33), "**por tempo determinado**" (fls. 2 e 5);

b)- que na época da contratação do Reclamante, os **incisos I e II da Lei Municipal nº 2.316, de 13.02.97** (fls. 73/75), já haviam sido **derrogados** pela **Lei nº 2.455, de 01.09.98** (fls. 76/77);

c)- que as **Leis nºs 2.316, de 13.02.97** (fls. 73/75), e **2.455, de 01.09.98** (fls. 76/77), também já foram **revogadas** pelo **artigo 24 da Lei nº 2.582, de 01.02.2001** (fls. 18/22);

d)- que o Reclamante prestou serviços somente no período de **25.05.2000** (fls. 2, 5/7 e 33) ou de **18.05.2000** (fls. 12 e 34) a **25.11.2001** (fls. 2, 12 e 34), caso em que a questão da legalidade de sua contratação, a título temporário, deve ser solucionada à luz da Lei nº **2.455, de 01.09.98** (fls.

76/77), vigente à época de sua admissão, ou também em função da **Lei nº 2.582, de 01.02.2001** (fls. 18/22), dependendo do posicionamento da 9ª Câmara da Quinta Turma (fl. 60);

e)- que a **relevância** para a argüição de inconstitucionalidade foi fundada, exclusivamente, no texto primitivo da **Lei Municipal nº 2.316, de 13.02.97** (fls. 35/38, 60/64, 73/75 e 82/86), cujos **incisos I e II do seu artigo 2º** já tinham uma outra redação, dada pela **Lei nº 2.455, de 01.09.98** (fls. 76/77);

f)- que é absolutamente **irrelevante** para a solução do caso dos autos a eventual declaração de inconstitucionalidade dos incisos I e II da **Lei Municipal nº 2.316, de 13.02.97**, em sua redação primitiva, porque os referidos incisos já se encontravam **derrogados** à **época da admissão do Reclamante**;

g)- que a sentença de primeiro grau (fls. 35/38) e a 9ª Câmara da Egrégia Quinta Turma não questionaram a legalidade da contratação do Reclamante, à luz da **Lei Municipal nº 2.455, de 01.09.98** (fls. 60/64), muito embora ela se encontrasse em plena vigência nessa ocasião (fls. 5/7 e 76/77).

Como bem elucida **José Carlos Barbosa Moreira**, o incidente somente merece prosperar quando a apreciação da questão possa influir, de modo decisivo, no julgamento de caso concreto submetido à Turma ou Câmara do Tribunal:

"**A discrepância precisa referir-se a questão de direito de cuja solução dependa o julgamento da matéria submetida à turma, à câmara ou ao grupo. Se câmara, turma ou grupo pode julgar a matéria sem enfrentar a questão de direito controvertida, fazendo abstração dela, então descabe a solicitação do pronunciamento prévio do tribunal, que não exerce aqui mais do que alhures função meramente consultiva. Não se trata de dirimir controvérsias teóricas, mas de assegurar a uniformidade da aplicação do direito a casos concretos**." (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio-São Paulo, 1974, páginas 18/19).

Ainda na vigência da Lei nº 2.271/54, Alfredo Buzaid, em obra clássica sobre a matéria, destacou, dentre os princípios que deveriam nortear o Tribunal ao se defrontar com a constitucionalidade, ou não, de uma lei, o de que:

"b) nenhum tribunal se manifestará sobre a validade de uma lei, **senão quando isso for absolutamente necessário para a decisão do caso concreto**" (Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Saraiva, S. Paulo, 1958, pág. 23).

Também Cássio Scarpinella Bueno ensina que "a **rejeição** de abertura do incidente de inconstitucionalidade pode se dar" "porque a lei eventualmente questionada **não guarda qualquer relevância para o deslinde do julgamento**" (Código de Processo Civil Interpretado, Coordenado por Antonio Carlos Marcato, Ed. Atlas, S. Paulo, 2004, p. 1458), enquanto Manoel Antonio Teixeira Filho ressalta, dentre outras "regras e recomendações", a de que "os órgãos da jurisdição trabalhista só deverão ser pronunciar sobre a inconstitucionalidade, ou não, de lei ou de ato normativo dos Poderes Públicos estadual e municipal se esse exame for **necessário para a solução da lide trabalhista**; caso contrário, eximir-se-á, justificadamente, de realizar esse pronunciamento" (Controle da Constitucionalidade, LTr, São Paulo, 1998, pág. 49).

Uma vez constatada a **irrelevância** da matéria suscitada, para o deslinde da controvérsia, o incidente deve ser rejeitado, por lhe faltar condição essencial de procedibilidade.

A possível **falsidade ideológica** na documentação juntada aos autos, relativamente à **data de admissão** do Reclamante (fls. 2, 5/7, 12, 27/30 e 34), bem como a existência, ou não, de litigância de má-fé no procedimento

> do Município Recorrido, ou mesmo a legalidade da contratação do Reclamante, à luz da Lei Municipal vigente nessa ocasião, poderão ser apreciadas pela 9ª Câmara, sem qualquer dificuldade.
> Posto isto, **decido rejeitar o incidente de argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º, incisos I e II, da Lei nº 2.316/97, do Município de Campos do Jordão, dada a sua irrelevância para a solução do caso concreto, ficando determinado o retorno dos autos à 9ª Câmara da Egrégia 5ª Turma deste Tribunal Regional do Trabalho, para que prossiga no julgamento do recurso ordinário interposto, como entender de direito, nos termos da fundamentação.**
> (a) **Paulo de Tarso Salomão** - Juiz Relator.

Este aresto, como visto, vem ao encontro do movimento hodierno de agilização, no sentido de tornar o processo mais célere, atendendo ao preceito constitucional de duração razoável do processo, posto que garantida amplamente a defesa de cada uma das partes em litígio. Equivale dizer que a não aceitação pelo Pleno do processo no qual foi afastada a argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanado do Poder Público não apenas não desatende ao mandamento constitucional contido na cláusula de reserva, como atende ao princípio também constitucional da duração razoável do processo (inc. LXXVIII do art. 5º da Carta Maior[22]). Assim, valorizada a decisão da Câmara ou da Seção, ganha-se tempo na finalização do processo e o jurisdicionado ganha com a entrega mais célere da prestação jurisdicional, mormente porque ali se cuidou de lei não mais em vigor.

Retornando agora ao juiz de primeiro grau, sendo ele instado ou não a fazê-lo, cabe-lhe inelutavelmente a análise da constitucionalidade da lei ou do ato normativo a ser aplicado ao caso *sub examen* e, caso decida por sua inadaptação ao texto constitucional, diante da necessidade de observância do preceito fundamental de dignidade da pessoa humana, possibilitando – como já dito alhures – a aproximação da Constituição formal com a material, reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e deixar de aplicar o preceito tido por inconstitucional. Em razão de esta declaração, como frisado pela ementa suso transcrita, dar-se apenas incidentalmente, não transcende os limites da lide, possuindo, portanto, apenas

[22] 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.

efeitos *inter partes,* o que faz com que não se desafie o conhecimento da matéria pelo Pleno do E. Regional.

Ressalte-se que esta declaração – ainda que realizada por Tribunal de Justiça ou qualquer dos Regionais Federais (aqui incluídas as justiças do Trabalho, Militar e Eleitoral) – não possui os efeitos *erga omnes* atingidos pela decisão da Corte Suprema, pois apenas a esta cabe a função de guardiã incontinenti da Constituição Federal, pertinente se faz a loção de Edson Martins Areias (2007, s.p.):

> Razão assiste a Marques Neto quando grava que o jurista não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político. Em outras palavras, o sentido da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete.
> À medida que os legíslatras forem sucumbindo à leitura holística do Direito como Ciência menos serão admitidas as lesões iminentes albergadas no burocrático indefiro por falta de amparo legal. Reverberando outros preclaros mestres, o Professor Herkenhoff já profetizava nos anos setenta do século passado:
> "[...] ou se terá um direito mais justo pela atuação do juiz, ou não se terá nada. Em outras palavras: se o juiz falhar na sua missão de humanizar a lei, de descê-la ao homem julgado, de fazer a leitura da lei a partir dos autênticos valores da cultura popular, de explorar as contradições do sistema legal em favor das maiorias deserdadas pela lei, nada restará de útil, socialmente útil, na lei".

Destarte, ao juiz de primeiro grau, como humanizador da lei, como harmonizador do sistema jurídico com a realidade da comunidade na qual se insere, cabe a lutar incansavelmente pelo direito de cada cidadão buscar livre e licitamente a satisfação de suas necessidades pessoais, apaziguando a sociedade, com a aplicação da justiça mais que da lei, porque como já visto, a lei injusta arrepia a Carta Cidadã, na medida em que fere a dignidade da pessoa humana – arcabouço de todo ordenamento jurídico em um Estado democrático de direito como o pregado pelo Preâmbulo de nossa Constituição – e em razão disso, por inconstitucional, deve ser extirpada do ordenamento jurídico. Não o podendo fazer, pois não é de sua competência o controle concentrado e abstrato da lei, cabe-lhe inexoravelmente, declarando-a inconstitucional, deixar de aplicar referida lei ao caso posto sob seu exame, sob

pena de, cometendo a injustiça de aplicar uma lei inconstitucional, arrebatar da sociedade o direito à busca da felicidade, inegável e fundamental direito de toda pessoa humana. Por motivos que tais é que se diz que a Justiça é cega, mas o juiz não.

Por fim, devolvendo a paz social turbada com o processo, o juiz de primeiro grau pode – e deve – ter a coragem de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – ainda que a isso não tenha sido provocado pelas partes – e em razão disso, negar-lhe eficácia no caso concreto, posto que ciente de que sua decisão, por mais brilhantemente fundamentada que seja, não vinculará outros feitos porque a ela não é dado o efeito *erga omnes* do controle concentrado exercido pela Suprema Corte. Isso, porém, não rouba a autoridade ou a dignidade de sua decisão nem faz com que se negue importância ao controle difuso, passível de exercício pelo único juiz com o qual a maior parte da população terá contacto em sua existência terrena. Este é mais um motivo para que o juiz de primeiro grau tenha a coragem necessária para exercer o controle difuso da constitucionalidade, mormente quando esta não foi argüida pelas partes.

3.1 Recurso extraordinário em matéria trabalhista

Da mesma forma como se dá nos demais ramos do Direito, o recurso extraordinário é plenamente cabível em matéria trabalhista, tanto em ações individuais, como em ações coletivas, com idênticas condições e idênticas conseqüências.

Também quando se trata de matéria trabalhista, são essenciais o prequestionamento da matéria e a demonstração da repercussão geral, sendo, igualmente, necessário o esgotamento das instâncias ordinárias, porquanto a matéria de fato não é objeto de recurso de revista ao Tribunal Superior do Trabalho, tampouco de recurso extraordinário, como já foi visto até aqui.

Igualmente já visto anteriormente neste trabalho, é de se ter sempre em mente que para a subida do Recurso de Revista, é essencial a demonstração da "transcendência", conforme prevê o art. 896-A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Cabe aqui um breve comentário acerca do Recurso de Revista – que tem como correspondente, na Justiça Comum, o Recurso Especial, sendo o primeiro endereçado ao Tribunal Superior do Trabalho e este último, ao Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, a interposição do Recurso de Revista não impede a interposição simultânea do Recurso Extraordinário, posto que a CLT seja omissa relativamente a este ponto – nem seria de ser explícita, na medida em que não é ela quem regula o recurso extraordinário.

De todo modo, reza o artigo 896, da CLT, que regula o recurso de revista, lembrando sempre da inserção no texto consolidado, por meio da MP nº 2.226, de 04.09.2001, já reproduzido acima, que trouxe, além dos requisitos que veremos abaixo, a necessidade de demonstração que "a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica".Vejamos, pois, os requisitos do art. 896, do estatuto obreiro:

> Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:
> a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;
> b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;
> c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.
> § 1º O Recurso de Revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será apresentado ao Presidente do Tribunal recorrido, que poderá recebê-lo ou denegá-lo, fundamentando, em qualquer caso, a decisão.
> § 2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

> § 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.
> § 4º A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.
> § 5º - Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo.
> § 6º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República.

Como visto, os requisitos para a admissão do Recurso de Revista ao TST são idênticos aos de admissão do Recurso Especial ao STJ, possuindo, as respectivas decisões, em regra, os mesmos efeitos.

Quanto aos efeitos da decisão em recurso extraordinário em matéria trabalhista, quando admitidos, igualmente se dão *inter partes* e *ex tunc*. Com muito mais razão os efeitos se dão *ex tunc* no direito do trabalho, em razão do caráter tuitivo e especial desta área de direito – afinal não se pode perder de vista que o princípio basilar do direito do trabalho é o da proteção ao obreiro. Hodiernamente, porém, há que se sopesar esta proteção ao trabalhador com a necessidade de manutenção da higidez das empresas – mormente das micro, das pequenas e das empresas individuais. Estas últimas, não raramente apresentam em juízo a mesma fragilidade do ex-empregado que vem à procura da Justiça do Trabalho, para implementar os créditos a que acredita fazer jus.

Tratando mais diretamente dos recursos extraordinários em matéria trabalhista, apenas para dar um exemplo, tendo o Supremo Tribunal Federal, decidindo em sede de recurso extraordinário – e em mais de uma oportunidade – que o salário mínimo não serve de base de cálculo para o adicional de insalubridade, não se há de cogitar que até tal

reconhecimento, admite-se o salário mínimo como base de cálculo e a partir dele, não mais. Durante todo o pacto laboral em discussão, respeitada a prescrição – se houver – será observada como base de cálculo o salário-base ou o piso normativo da categoria, mas jamais o salário mínimo, porque sua utilização como tal já foi afastada em sede de recurso extraordinário.

Neste sentido, vimos recente decisão do Min. Gilmar Mendes, que transcrevemos abaixo:

> **EMENTA:**
> A aplicação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade viola o disposto no art. 7º, IV, da CF, que veda sua vinculação para qualquer fim. Com base nesse entendimento, a Turma conheceu e deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TST que reformara decisão do TRT de origem que determinara que, após a edição da CF/88, a remuneração do empregado seria a base de cálculo do adicional de insalubridade. Asseverou-se que o alcance do preceito constitucional é evitar que o atrelamento do salário mínimo a situações diversas iniba o legislador na necessária reposição do poder aquisitivo, isto objetivando o atendimento ao que nele previsto. Enfatizou-se que, no caso, o salário mínimo de referência fora desprezado, adotando-se, no período em discussão, fator vedado pela Constituição. RE provido para desvincular a base de cálculo do adicional e restabelecer o critério legal utilizado pelo TRT de origem para fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade.
> **RE 439035/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.12.2007. (RE-439035)**

Vimos aqui a consonância entre o recentemente decidido pelo Min. Gilmar Mendes e a jurisprudência citada no corpo da dissertação, cujo julgamento se deu em 1998, *verbis*:

> RE-236396 / MG
> Ministro SEPULVEDA PERTENCE
> RECURSO EXTRAORDINARIO
> Partes:
> RECTE. : FIAT AUTOMÓVEIS S/A
> RECDO. : SILAS DOS REIS
> EMPREGADO, ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, CÁLCULO, SALÁRIO MÍNIMO, VINCULAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE.
> EMENTA: Adicional de insalubridade: vinculação ao salário mínimo, estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição.
> Votação: Unânime.
> Resultado: Conhecido e provido.
> Publicação – DJ 20.11.98, pág. 24
> Julgamento 02/10/1998 – 1ª Turma

O Min. Sepúlveda Pertence, em outra decisão, nega processamento a recurso extraordinário nos seguintes termos:

> **Agravante**: Alceu Carlos Preisner
> **Advogados:** José Tôrres das Neves e outros
> **Agravado:** Banco Rural S/A
> **Advogados:** Eudes Zomar Silva e outros
> **EMENTA:**
> **1.** Recurso extraordinário: inadmissibilidade: questão atinente ao cabimento da revista trabalhista, de natureza processual ordinária, sendo reflexa a pretendida violação às normas constitucionais invocadas; prestada a jurisdição, em decisões suficientemente fundamentadas, garantidos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.
> **2.** Prescrição trabalhista: reduzindo-se o art. 7º XXIX, da Constituição, à fixação do prazo prescricional, é questão infraconstitucional saber se atinge o "fundo do direito" ou apenas as prestações anteriores ao biênio: precedentes.

Em outra recente decisão, da lavra da min. Ellen Grace, apreciando recurso extraordinário proposto pelo Sindicato Nacional dos Trabalhadores em Instituições de Pesquisa e Desenvolvimento Agropecuário – SINPAF, que pretendia que a sentença normativa proferida pelo TRT de origem fixasse adicional de horas extras e adicional noturno em patamar superiores aos legais, bem como adicional de produtividade, proferiu a seguinte ementa:

> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 283.116-6 – DF**
> **Recorrente**: Sindicato Nacional dos Trabalhadores em Instituiçãoes de Pesquisa e Desenvolvimento Agropecuário – SINPAF
> **Advogados**: Denise aparecida Rodrigues Pinheiro de Oliveira e outros
> **Recorrida:** Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA
> **Advogados:** José Maria matos Costa e outros
> **EMENTA:**
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DISSÍDIO COLETIVO, INDEFERIMETNO DE CLÁUSULAS QUE ESTABELECIAM ADICIONAIS DE HORAS EXTRAS E NOTURNO ACIMA DOS PERCENTUAIS FIXADOS EM LEI, BEM COMO ADICIONAL DE PRODUTIVIDADE NO PERCENTUAL DE 3,88%.
> **1.** Produtividade: A alegada ofensa ao artigo 114, § 2º da CF, a depender da prévia análise de estarem, ou não, atendidos os requisitos da Medida Provisória nº 1.540/97, se existente, seria indireta ou reflexa. A alegada ofensa ao art. 5º, II, da CF atrai a incidência da Súmula nº 636 do STF. Juízo diverso acerca da demonstração do aumento de produtividade da empresa, apta a permitir o adicional tal como pleiteado, demanda o reexame de prova (Súmula nº 279 do STF).
> **2.** Horas extras e adicional noturno: Sentença normativa que estabelece adicionais em patamar acima ao que estabelecido em lei. inadmissibilidade,

pois "(…) *é fonte formal de direito objetivo a decisão proferida pela Justiça do Trabalho, na resolução de dissídio coletivo, autônoma na sua elaboração, porém, somente suscetível de operar no vazio legislativo, como regra subsidiária ou supletiva, subordinada à supremacia da lei"* (RE 197.911/PE, rel. Min,. Octávio Gallotti, 1 Turma, DJ de 07.11.1997). (destacados no original)
3. Recurso improvido.

Em um outro recurso extraordinário, estando diante de uma antecipação de efeitos de tutela proferida por juiz de primeiro grau, contrária a ente público, o Min. Celso de Mello, em sede de Reclamação, proferiu decisão cuja ementa segue abaixo transcrita:

Rcl 1770/RN - RIO GRANDE DO NORTE
RECLAMAÇÃO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 29/05/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJ 07-02-2003 PP-00026 EMENT VOL-02097-02 PP-00318
Parte(s)
RECLTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
ADVDO: PGE-RN - RICARDO GEORGE FURTADO DE M. E. MENEZES
RECLDO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE NATAL
INTDO: JOSÉ AUGUSTO DE SOUZA PERES FILHO
ADVDOS: OLAVO DE SOUZA ROQUE E OUTRO
EMENTA:
RECLAMAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL EM FACE DO PODER PÚBLICO (LEI Nº 9.494/97, ART. 1º) - OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR, EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC 4-DF) - DECISÃO PLENÁRIA REVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE - INTERPRETAÇÃO DO ART. 102, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - INOBSERVÂNCIA, POR ÓRGÃO DE JURISDIÇÃO INFERIOR, DO EFEITO VINCULANTE DERIVADO DESSE JULGAMENTO PLENÁRIO - HIPÓTESE LEGITIMADORA DO USO DA RECLAMAÇÃO (CF, ART. 102, I, "L") - RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. AS DECISÕES PLENÁRIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - QUE DEFEREM MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - REVESTEM-SE DE EFICÁCIA VINCULANTE.
Os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente destinados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, "ex ante", plena eficácia à tutela jurisdicional do Estado, inclusive no que concerne às decisões, que, fundadas no poder cautelar geral - inerente a qualquer órgão do Poder Judiciário - emergem do processo de controle normativo abstrato, instaurado mediante ajuizamento da pertinente ação declaratória de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes. O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO.

O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões concessivas de medidas cautelares, outorgadas, com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Doutrina. Precedentes. A DESOBEDIÊNCIA À AUTORIDADE DECISÓRIA DOS JULGADOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL IMPORTA NA INVALIDAÇÃO DO ATO QUE A HOUVER PRATICADO.

A procedência da reclamação, quando promovida com o objetivo de fazer prevalecer o *imperium* inerente aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, importará em desconstituição do ato que houver desrespeitado a autoridade da decisão emanada da Suprema Corte.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito não pode prescindir do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, pois é ele quem garante o estabelecimento de uma ordem jurídica, mais que legal, justa, mormente porque como já dito alhures, a lei injusta é inconstitucional, por ferir a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado democrático de direito, apto a assegurar "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social", da maneira como indelevelmente fixada pelo preâmbulo de nossa Carta Maior.

Não mais cabe a celeuma um dia existente de que a ampliação do poder de interpretar a Constituição quebraria a segurança jurídica da população e desta forma impediria uma prestação jurisdicional plena de legalidade, porquanto a lei injusta não pode ser considerada constitucional, como igualmente não o é o texto normativo que infrinja o texto constitucional positivado ou o ato administrativo que se produza ao arrepio da *Lex Major*.

Não se pode, ainda, perder de vista, que ao ser investido na jurisdição e jurar cumprir a Constituição e as leis, o juiz se pôs à disposição da sociedade para facilitar seu caminho de busca de satisfação de suas necessidades e anseios, em todos os momentos em que o cidadão vir lesada ou ameaçada sua dignidade de pessoa humana.

Em outras palavras, o que se pretende demonstrar com este trabalho é que ao juiz de primeiro grau de jurisdição – seja ele estadual, federal ou de qualquer das justiças especializadas – cabe inexoravelmente o controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos, conforme positivado pelo próprio texto da Constituição da República, a par das dificuldades que poderá enfrentar no seu dia-a-dia de homem comum, de mero cidadão. O juiz deve ter a coragem de decretar a inconstitucionalidade de determinada lei, ainda que com

isso obtenha por resultado a nulidade de determinado ato administrativo que possa gerar desconforto na sua comunidade, observado sempre o primado da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, o juiz deve analisar não apenas o texto frio e apático da lei e mesmo da Constituição Federal, mas ousar sopesá-los, levando em conta a realidade da comunidade em que se insere, a qual por si só interpreta a Constituição, como visto no capítulo correspondente e quer ver implantada mais que a lei, a justiça social. Não se trata de julgamento *contra legem*, mas de adequação dos textos legal e constitucional à realidade social, eis que a justiça é cega, mas o juiz não. O juiz que se faz cego em sua comunidade retira desta mesma comunidade uma esperança de realização de justiça, o que é profundamente inconstitucional e fulmina qualquer possibilidade de construção de um Estado Democrático de Direito.

Tornando ao ponto da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo juiz de primeiro grau de jurisdição, é de se ter em mente que embora válida e eficaz entre as partes do feito a ele submetido, não possuirá jamais o efeito *erga omnes* atribuído ao controle abstrato da constitucionalidade, ao controle da constitucionalidade da lei em tese, realizado unicamente pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

O fato de a decisão do juízo monocrático não vincular outros feitos não retira de sua decisão o caráter de distribuição de justiça. Ouso dizer mais: de distribuição de justiça social. Ao juiz de primeiro grau cabe, sim, aproximar a Constituição formal da real, da vivenciada pela comunidade na qual se insere, pois esta mesma sociedade que realiza a Constituição formal atribui a esta a sua própria vida pulsante e contamina o Estado Democrático de Direito com sua vitalidade. De tal maneira que Estado, Constituição e sociedade, vivendo em verdadeiro estágio simbiótico, passam a buscar incessantemente a harmonização da sociedade, possibilitando, assim, a busca da felicidade – direito mais fundamental do homem,

pois sem que se permita à pessoa a busca da satisfação de suas necessidades e desejos por seus próprios e lícitos meios, retira-se-lhe toda a possibilidade de manifestação de sua dignidade. Retirando-se da pessoa a dignidade – princípio fundamental estabelecido pela Carta Cidadã e que permeia todo o ordenamento jurídico pátrio – este ser deixa de alimentar a sociedade, que por seu turno deixa de realizar a Constituição formal e desta forma, em absoluto declínio de sua vitalidade, leva à morte o Estado democrático de direito.

Assim sendo, não mais é possível negar que ao juiz de primeiro grau incumbe inafastavelmente a análise da constitucionalidade dos textos normativos que lhe cabe aplicar – sendo ou não instado a fazê-lo pela parte – e ao considerar que este texto desatende a realização da justiça ou ataca a Constituição formal, deve negar-lhe aplicação. Não o fazendo, o juiz, investido na jurisdição, omite-se da obrigação constitucional que tem de dirimir plenamente a questão posta sob sua apreciação e em conseqüência, realizar a jurisdição, de maneira imparcial, competente e acima de tudo: justa.

O juiz hodierno, pois, não deve temer afastar a aplicação de uma lei que dificulte a rearmonização da sociedade, com a devolução a esta mesma comunidade, da paz social turbada com o processo, sob pena de utilizando friamente uma lei que não atende ao anseio de justiça da sociedade, ao invés de possibilitar o retorno da paz, com a justa entrega do bem da vida a quem de direito, semeia a discórdia, posto que a norma friamente aplicada – a par de injusta – se ponha consonância com a Constituição formal.

Se se pode notar um certo receio por parte de alguns membros da sociedade que vêm na função criadora do juiz a capacidade de criar um novo direito, é igualmente veraz que os valores fundantes do homem que se faz juiz, e por que não dizer, sua sensibilidade de pessoa humana, ao tentar aproximar a Constituição jurídica da real é acima de tudo uma virtude. O receio mais do juiz que da lei tem alguma razão de ser, na medida em que o juiz, em sua

atividade judicante, vai conformar a lei à sociedade, disciplinando-a, pois como já dito alhures: a Justiça é cega, mas o juiz não.

Hoje em dia, num momento em que toda a mídia parece conspirar contra o Judiciário, ainda assim, quero crer que a população acredita no juiz de primeiro grau e no Judiciário como um todo – naquela pessoa que leva seus filhos à escola, que vai ao supermercado, que jamais se apresenta alcoolizado em sociedade e que dirime as pendências jurídicas do local com eqüidade e bom senso, ou seja, com senso de justiça – porque é esta pessoa que vive a comunidade e a Constituição, quem tem o poder/dever de aproximar a Constituição jurídica da material e assim tornar possível a busca dos anseios individuais e comunitários da sociedade na qual se insere.

Descabe cada vez a figura desumana, rude e a par disso colocada em um pedestal, conforme aludida por Maiakóvsky em seu inesquecível poema "Hino ao Juiz", no qual temos um juiz que cala os pássaros, impede o vôo do colibri e inibe até mesmo a atividade do vulcão. Este juiz está cada vez mais afastado da sociedade e quero acreditar que exista em cada vez menor número, pois ao voltar o seu olhar para a comunidade em simbiose com a Constituição, deve realizar a justiça social e, em respeito à dignidade de cada pessoa humana, possibilitar a busca pela felicidade de cada cidadão por seus próprios e lícitos meios.

Não é demais repetir que não se está a pregar a desobediência à lei ou o julgamento contrariamente ao direito positivado pela legislação e pela Constituição, mas o fiel cumprimento do juramento prestado quando da investidura na jurisdição, de observância e cumprimento da Constituição e das leis – em primeiro lugar, a Constituição, que tendo como prioridade a dignidade da pessoa não pode prescindir de um juiz crítico, que tenha em sua mente, prioritariamente, o atendimento à dignidade da pessoa humana, primado constitucional da maior relevância, sem o qual o Estado fixado pelo Preâmbulo constitucional jamais será efetivado.

Por fim, e respondendo ao problema levantado na introdução, a realização da Justiça deve prevalecer sobre a aplicação pura, simplista e fria dos textos legais, pois este é o mandamento constitucional supremo – o qual obriga o juiz a negar eficácia à lei injusta, na medida em que ferindo a dignidade da pessoa humana, torna-se inconstitucional, independentemente da consonância entre seu frio texto e a igualmente fria Constituição jurídica, o pedaço de papel referido por Hesse –, porquanto, como já dito incansavelmente neste trabalho, não há possibilidade de manifestação da dignidade da pessoa humana sem que a esta seja permitido o livre caminhar em busca da satisfação de suas necessidades e anseios pessoais e de sua comunidade, o que se costuma chamar de felicidade.

REFERÊNCIAS

AREIAS, Edson Martins. **A efetividade do direito e os "legíslatras"**. Disponível em: http://www.juristas.com.br/a_1607~p_1~A-efetividade-do-Direito-e-os-%E2%80%9Cleg%C3%ADslatras%E2%80%9D. Acesso em: 22.11.2007.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal** de 1824.

_____. **Constituição Federal** de 1891.

_____. **Constituição Federal** de 1934.

_____. **Constituição Federal** de 1937.

_____. **Constituição Federal** de 1946.

_____. **Constituição Federal** de 1967/69.

_____. **Constituição Federal** de 1988.

_____. **Decreto nº 848**, de 11 de outubro de 1890.

_____. **Lei nº 221**, de 20 de novembro de 1894.

_____. **Decreto-lei nº 1.564**, de 05 de setembro de 1934.

_____. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário**: origem e desenvolvimento no direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESTEVEZ, Diego Fernandes. **O juiz e a lei**. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060605ojuiz.php. Acesso em: 22.11.2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug; Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3. ed. São Paulo: 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **O controle da constitucionalidade e o Senado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Breves comentários à Constituição Federal**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo