

**JUSTIÇA
&
CIDADANIA**

revistajc@revistajc.com.br - www.revistajc.com.br

"A crise do Judiciário
e a formação do JUIZ"



CLÓVIS SALHIONE

Memórias de um criminalista no MUSEU DA JUSTIÇA

Editorial: Basta de regalias aos bancos

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A LÓGICA DO SISTEMA JURÍDICO

Desembargador J.E. Carneira Alvim - Tribunal Regional Federal da 2ª Região, professor de Direito Processual Civil PUC-RJ e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

ATIVIDADE LEGISLATIVA E ATIVIDADE JURISDICIONAL

A atividade legislativa é exercida pelo Poder Legislativo, ou, mais propriamente, pelo Congresso Nacional, composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, segundo um processo legislativo, disciplinado nos arts. 59 a 69 da Constituição, cumprindo-lhe a elaboração de emendas à própria Constituição, passando pelas leis (complementares, ordinárias e delegadas), os decretos legislativos, até as resoluções (art. 59, CF). Essa atividade é também exercida pelo Presidente da República, em casos limitados (art. 61, § 1º, CF), nas hipóteses previstas no art. 62 da Carta Magna, através de medida provisória. Também o Poder Judiciário, elaborando regras regimentais, nos Tribunais, complementam a atividade legislativa, bem assim a Justiça do Trabalho, no estabelecimento de normas e condições do trabalho, nos dissídios jurídicos e econômicos.

O Poder Judiciário exerce, por seu turno, a atividade ou função jurisdicional, cujo objetivo é garantir a aplicação da lei em concreto, mediante o processo, em contraditório, num litígio entre partes, ocasião em que pode proceder ao exame da eventual inconstitucionalidade da lei. Pode, também, declarar a inconstitucionalidade da lei em abstrato, como, ainda, a sua constitucionalidade, igualmente em processo, mediante ação direta de rito especial, de competência do Supremo Tribunal Federal.

A essa modalidade de controle, denomina-se "sistema de revisão judicial" (judicial review)¹ adotado pelos direitos brasileiro e norte-americano.²

NATUREZA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU ATO DO PODER PÚBLICO

A norma constitucional pode ser contaminada por vício de ordem formal ou de ordem substancial. Ocorre a inconstitucionalidade substancial quando a lei ou o ato do Poder Público são contrários à Constituição, como, v.g., uma lei que restringisse a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, VII, CF). Ocorre a inconstitucionalidade formal, por vícios na tramitação de uma lei, por defeitos de incompetência, por defeito de quorum. A mais comum das inconstitucionalidades formais reside no defeito de iniciativa das leis, em que o Poder Executivo toma a iniciativa de lei que cabe ao Congresso Nacional ou ao Poder Judiciário, ou o Congresso Nacional toma a iniciativa de lei que é privativa do Presidente da República.

CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

No sistema da revisão judicial, o controle da constitucionalidade das leis se faz de modo concentrado, através da ação declaratória própria, in abstracto, com eficácia erga omnes, ou de modo difuso, em qualquer processo, in concreto, com eficácia apenas inter partes. Ao primeiro, denomina-se controle por via de ação ou controle principal; ao segundo, controle por via de exceção ou controle incidental³.

Declarada a inconstitucionalidade da lei, seja em concreto, através do controle difuso, por qualquer órgão judiciário, de inferior ou superior instância, seja em abstrato, através do controle concentrado, da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, CF), a lei perde toda a sua autoridade, no caso concreto, na primeira hipótese, e em todos os casos da mesma espécie, no segundo. A Emenda Constitucional n. 3/93 criou a ação

direta de constitucionalidade⁴ de lei ou ato normativo federal, a cargo do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões definitivas de mérito produzem eficácia erga omnes e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (art. 102, § 2º, CF).

Declarada a inconstitucionalidade da lei, através de exceção, ou pela forma difusa, dita, também, in concreto, cabe ao Supremo Tribunal Federal comunicar essa decisão ao Senado Federal, a quem cabe, complementarmente, através de resolução, suspender, no todo ou em parte, a execução dessa lei (art. 52, inc. X, CF) no território nacional. Essa resolução neutraliza a eficácia da lei considerada inconstitucional, tomando-a inaplicável aos casos futuros, tendo efeitos erga omnes.

Se a inconstitucionalidade da lei se der através de ação direta, ou pela forma concentrada, dita, também, in abstracto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada pelo seu Plenário, impõe-se erga omnes, independentemente de qualquer atividade complementar do Senado Federal, não havendo necessidade de suspender a execução dessa lei, que fica neutralizada pela própria eficácia intrínseca do julgamento.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI E NEGATIVA DE APLICAÇÃO DE LEI INCONSTITUCIONAL — DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Partindo do princípio de que toda lei deve afeiçoar-se à Lei Maior, e que apenas esta obriga in concreto, sendo despida de eficácia toda aquela que contrariar a Constituição, não obrigando as partes a se adequarem a ela, nem o juiz a aplicá-la na resolução do conflito submetido a seu julgamento, costumam os



Des. Carreira Alvim

juizes, tanto de inferior quanto de superior instância, afastá-la, declarando-a inconstitucional incidenter tantum, fundados na máxima "ius novit curia".

Não resta dúvida de que apenas a lei constitucional obriga, e que, sendo inconstitucional, sob a ótica do julgador, pode este negar-lhe aplicação, afastando a sua incidência, com o que estará atuando e fazendo prevalecer a regra impressa na Lei Maior. Mas, negar aplicação a uma lei, não é o mesmo que declarar, incidentemente, a sua inconstitucionalidade, embora, do ponto de vista prático, a consequência seja a mesma: a lei não é atuada naquele caso concreto, e tão-somente nele.

O único órgão competente para declarar a inconstitucionalidade da lei é o Supremo Tribunal Federal, com eficácia plena, se em ação direta, principaliter, ou eficácia limitada, se em exceção, incidenter tantum; nenhum outro juiz ou tribunal dispõe de semelhante poder, podendo, quando muito, não aplicar a lei — porque uma lei inconstitucional não é, verdadeiramente, uma lei — o que faz no exercício da atividade jurisdicional. Se ao juiz cabe aplicar a lei, cumpre ele esse mister tanto quando atua positivamente a lei, fazendo-a incidir no caso concreto, como quando a atua negativamente, negando-lhe aplicação por se revelar contrária à letra ou ao espírito da Constituição.

Aliás, se devesse o juiz declarar incidenter tantum a inconstitucionalidade de uma

lei tida por inconstitucional, para deixar de aplicá-la a um caso concreto, deveria, pela mesma e idêntica razão, declarar incidenter tantum a constitucionalidade da lei considerada constitucional, para aplicá-la ao caso concreto; e nunca se teve notícia que algum juiz tenha, incidenter ou principaliter, declarado uma lei conforme a Constituição, para, só então, aplicá-la.

Será que algum intérprete já se indagou sobre a diversa atividade desenvolvida pelo juiz num caso e noutro? Se não, continuará fiel à prática ortodoxa de declarar incidenter tantum a inconstitucionalidade da lei contrária à Constituição; se sim, por certo terá chegado à conclusão de que inexistente qualquer diferença no cumprimento de um mesmo mister. Em outros termos: se a lei é constitucional, o juiz a aplica; se ela é inconstitucional, deixa de aplicá-la. Tollitur quaestio.

Para o jurisdicionado fica até difícil entender como um juiz declara, ainda que incidentemente, inconstitucional uma lei, num determinado processo, e, mesmo assim, um outro a aplica, noutro processo, para resolução de idêntica questão jurídica. Não se impressiona, porém, esse mesmo jurisdicionado, se tiver um juiz aplicado determinada lei, e, outro, deixado de aplicá-la, porque essa é a atividade normal de um juiz.

CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A LÓGICA DO SISTEMA JURÍDICO

O ordenamento jurídico, justo por pressupor uma "ordem", só terá consistência sistêmica se observar uma determinada lógica; do contrário, será uma desordem.

A Constituição Federal, ao organizar o Poder Judiciário, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, caput), outorgando-lhe a competência para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, CF). Atribuiu, ainda, a Carta Política, ao Supremo Tribunal Federal, a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida "declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal" (art. 102, III, b, CF). Ainda, no art. 97, estabeleceu que "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".

Tem-se, portanto, que o STF: (a) julga originariamente ação direta de inconstitucionalidade; e (b) julga em grau de recurso extraordinário, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

A decisão recorrida a que se refere o art. 102, III, b, que, indiscutivelmente, é a decisão

de outros tribunais, compreenderia a decisão de qualquer tribunal do País, que, na expressão literal do art. 97, poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei?

Vamos caminhar passo a passo, pois o nosso propósito não vai além do necessário à compreensão do "sistema", evitando uma exegese isolada do precluído art. 97º, e que se choca com o conjunto sistemático que forma a Constituição Federal.

A organização judiciária brasileira compreende três níveis de tribunais: a) o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula; b) os tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, e Superior Tribunal Militar); c) tribunais regionais (Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, e Tribunais Regionais Eleitorais); e tribunais locais (Tribunais de Justiça e/ou Tribunais de Alçada).

Cada tribunal só tem competência para atuar na área territorial assinalada pela Constituição e pela lei ao exercício da sua jurisdição, não podendo essa circunstância ser desconsiderada na declaração, principaliter ou incidenter tantum, da inconstitucionalidade das leis, sob pena de chegar-se a resultados inexatos e artificiais.

Numa primeira limitação estabelecida pelo próprio texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores podem declarar a inconstitucionalidade de lei por decisão com eficácia sobre todo o território nacional, dado que são tribunais com jurisdição nacional. Os tribunais regionais federais só podem declarar a inconstitucionalidade de lei por uma decisão com eficácia regional, pois a sua jurisdição é, igualmente, regional⁶. Os tribunais locais, ou estaduais, só podem declarar a inconstitucionalidade de lei com eficácia sobre o território do Estado, que é onde atua a sua jurisdição.

A Constituição Federal distingue a lei federal, da lei estadual, e da lei local, de grande importância no estudo da competência para declarar a Inconstitucionalidade e a extensão dessa declaração. Assim, o art. 102, I, "a", fala em "lei ou ato normativo federal ou estadual", ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal; o art. 105, III, "a" e "c", fala em "lei federal", e o art. 105, III, "b", em "lei ou ato de governo local", na competência do Superior Tribunal de Justiça, numa demonstração clara e inequívoca que a natureza da lei tem importância na fixação da competência destes tribunais.

À luz da lógica sistemática, um tribunal de âmbito nacional pode declarar, com eficácia erga omnes, a inconstitucionalidade de uma lei nacional, estadual ou local — e até normas de alcance regional, como as previstas nos dissídios coletivos de trabalho —, mas um tribunal de âmbito regional ou estadual não pode declarar, com igual alcance, a inconstitucionalidade de lei nacional. Do contrário, questionada a constitucionalidade de uma lei federal perante um Tribunal de Justiça, e por este declarada inconstitucional, pela maioria absoluta de seus membros — e, supondo transite em julgado, porque inexistente remessa de ofício em recurso extraordinário — a lei federal não vigeria somente naquele Estado da Federação. E, se se tratasse, por exemplo, de um preceito de uma lei nacional⁷, essa norma não seria aplicável aos jurisdicionados daquele Estado da federação. Dir-se-ia que tal sentença seria, provavelmente, objeto de ação rescisória; mas suponha que venha a expirar-se o prazo legal de dois anos para o exercício dessa ação rescisória (art. 495, CPC). Tollitur quaestio.

Qual seria a lógica admitida pelo ordenamento jurídico, num País que conta com uma legislação federal, nacional, estadual e municipal, e, ainda, com um sistema produtor de normas regionais (acordos coletivos de trabalho)?

Indiscutivelmente, é admitir-se que a inconstitucionalidade da lei nacional, federal, estadual ou municipal pode ser declarada por tribunal que tenha jurisdição nacional, que compreende também o Estado e o município (STF e tribunais superiores); os tribunais regionais federais e os tribunais locais — como são chamados os Tribunais de Justiça — só podem declarar a inconstitucionalidade de lei estadual e municipal, mas nunca de lei federal ou nacional.

Neste sentido, deve ser interpretado o art. 97 da Constituição: cada tribunal exercita a sua jurisdição nos limites do território sujeito à sua jurisdição.

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI NOS TRIBUNAIS — DISTORÇÕES DECORRENTES DA EXEGESE LITERAL DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dispõe o art. 97 da Constituição Federal que "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".

As Constituições estaduais repetem literalmente essa norma, como a do Estado do Rio de Janeiro: "Art. 159. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

Nessa mesma trilha, estabelece o Código de Processo Civil que, argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, e acolhida pela turma ou câmara a alegação, a questão será submetida ao pleno do tribunal, onde será julgada (arts. 480 a 482, CPC).

As normas regimentais orientam-se na mesma direção, dispondo, por exemplo, o art. 170 do Regimento Interno do TRF da 2ª Região, que a Seção ou Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando a maioria reconhecer uma argüição de inconstitucionalidade ainda não-decidida pelo Pleno; bem assim que essa declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário, e a jurisprudência compendiada em súmula, serão observadas nos feitos submetidos às Turmas e Seções, salvo os casos de revisão ou alteração de súmula, ou jurisprudência superveniente do STF ou do STJ, em sentido contrário (art. 122, RITRF-2ª Região).

Cumpra distinguir a declaração de inconstitucionalidade, por maioria simples, daquela declarada por maioria absoluta, num quorum qualificado de dois terços dos membros do tribunal, pois, no primeiro caso, a decisão só obriga no caso concreto (embora não o diga expressamente o RI), enquanto, no outro, além de obrigar no caso concreto, pode, sobrevindo um segundo julgamento concordante, a decisão do Plenário ser inscrita em súmula (art. 111, parágrafo único, última parte, RI), vinculando os órgãos fracionários do tribunal (turmas e seções) nos julgamentos futuros (art. 122, RI). Com a nova redação dada ao art. 557 do CPC⁸, a jurisprudência do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior, passou, também, a constituir precedente vinculante nos julgamentos monocráticos do relator, o que não impede — aliás, até aconselha — sejam da mesma forma observados nos julgamentos pelos órgãos colegiados dos tribunais.

A organização judiciária brasileira contempla cinco Tribunais Regionais Federais, e tantos Tribunais de Justiça quantos são os Estados federados, além de Tribunais de Alçada, e igual número de Tribunais Regionais

Eleitorais, além de Tribunais Regionais do Trabalho.

Imagine-se cada um desses tribunais decidindo sobre a inconstitucionalidade de lei federal, compreendida a nacional, e compendiando-a em súmulas, e ter-se-á uma completa desorganização judiciária, com a lei federal valendo numa região, mas não noutra, ou num Estado, mas não noutra, e até, numa mesma região, ou Estado; valendo para as Justiças Federal e do Trabalho, onde foi considerada constitucional, mas não para a do Estado, cujo Tribunal, pelo seu Plenário, declarou a sua inconstitucionalidade.

Não pode o legislador constituinte ter compactuado com tal possibilidade, cabendo ao intérprete buscar a verdadeira mens legis, a fim de se obter a harmonia do sistema.

Na verdade, o art. 97 da Constituição não tem sido interpretado à luz de um critério sistemático, senão de um critério literal, “que é o pior dos critérios para se interpretar qualquer coisa” (RODRIGUES DO AMARAL). Até nas declarações de vontade, havendo divergência entre o declarado (escrito), e a intenção, prevalece esta sobre o sentido literal das palavras (art. 85, Cód. Civil)⁹. Os tribunais, indiferente da sua hierarquia ou qualificação, têm declarado a inconstitucionalidade de qualquer lei que seja submetida ao seu plenário, independentemente da natureza da norma legal (complementar, ordinária, delegada, etc.), e só não têm causado verdadeiros estragos na ordem jurídica, porque, felizmente, não é fácil obter-se uma maioria absoluta (qualificada), num quorum de dois terços dos membros do tribunal¹⁰. E o fazem, infelizmente, com o apoio do Supremo Tribunal Federal, que tem, também, interpretado literalmente o art. 97 da Constituição. A Suprema Corte tem-se detido na análise do quorum para fins de declaração de incompetência, mas não se tem detido na análise da extensão dos poderes dos tribunais estaduais, regionais e demais tribunais superiores, para fazê-lo; também a doutrina não se tem preocupado com este aspecto do problema.

Considere-se, também, que, antes da criação dos Tribunais Regionais Federais, existia o Tribunal Federal de Recursos, que tinha jurisdição sobre todo o território nacional, pelo que, declarando a inconstitucionalidade de uma lei federal, a sua eficácia se estendia sobre todo País; o que não acontece com os tribunais regionais, que compreendem dois ou mais Estados, pelo que a inconstitucionalidade de lei declarada por um deles só terá eficácia no

território sobre a sua jurisdição, e vinculando apenas os seus órgãos fracionários. Pelo menos, não obriga outros tribunais regionais, que podem reconhecer, diversamente, que a lei não padece de inconstitucionalidade. A nova Constituição criou, ainda, o Superior Tribunal de Justiça, com jurisdição sobre todo o território nacional, para preservar a uniformidade das leis federais no plano infraconstitucional.

Vê-se que, após a Constituição de 1988, não pode ser desconsiderada a nova organização judiciária — que não é tão nova, em se considerando que o problema já existia, anteriormente, no âmbito das Justiças do Trabalho e Eleitoral, no que tange aos seus tribunais — distinguindo o alcance do poder dos tribunais de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, em atenção à natureza desta.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — UM CASO CONCRETO

Tive a minha atenção despertada para essa questão, num julgamento de declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em que se examinava, em sede de mandado de segurança, a inconstitucionalidade de uma lei federal que envolvia os funcionários de FURNAS, pois, se viesse a ser declarada a inconstitucionalidade da lei, a empresa não poderia aplicá-la aos seus servidores no Rio de Janeiro e Espírito Santo, Estados sujeitos à jurisdição desse tribunal, embora devesse aplicá-la aos seus servidores, localizados em outros Estados da federação.

Uma outra circunstância me chamou a atenção para esse julgamento que se pretendia fazer pelo Plenário da corte regional. Como se tratava de apelação em mandado de segurança, nenhum recurso cabia, à luz do Regimento Interno, de eventual julgamento da Turma para o Plenário —, essa competência é do Superior Tribunal de Justiça, em grau de recurso especial (art. 105, III, alíneas a a c, CF) — e, no entanto, estava o Plenário a julgar a matéria, sob o pretexto de se tratar de declaração de inconstitucionalidade. E como se tratava de questão exclusivamente de direito, se viesse a inconstitucionalidade a ser declarada, pelo Plenário, vincularia a Turma no caso concreto. E outra ironia que resulta desse julgamento: os dois membros, que, na Turma, teriam a lei por constitucional, mas vencidos, no Plenário, ver-se-iam na contingência de referendar a decisão

do Pleno. Ora, tal julgamento não se dera, então, pela Turma, que era o órgão competente para julgar a apelação, segundo o Regimento Interno, mas, pelo Plenário, que, regimentalmente, não dispunha de competência para julgá-la.

Se a Turma entender não seguir a orientação do Plenário, e ter a lei por constitucional, defrontar-se-á o Superior Tribunal de Justiça com duas decisões para reexaminar: uma do Plenário, declarando a lei inconstitucional; e outra do órgão fracionário, entendendo-a constitucional.

Como a Justiça Federal julga, em regra, matéria constitucional, bastam dois membros de uma Turma resolverem acolher a arguição de inconstitucionalidade de lei, para transformar o Plenário de qualquer tribunal em órgão ordinário de julgamento dos recursos, por via incidental; o que se afigura um evidente absurdo.

EXEGESE SISTEMÁTICA DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Qual a exegese que poderia harmonizar o sistema, pondo a competência de cada tribunal no rumo certo, sem atritos com a jurisprudência de outros tribunais, ou com a dos tribunais superiores, ou, em outros termos, capaz de dar lógica ao sistema?

O Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência, pode declarar, com efeitos erga omnes, a inconstitucionalidade de qualquer lei, em qualquer processo, mediante controle difuso, ou, em ação direta de inconstitucionalidade, mediante controle concentrado.

Os tribunais superiores, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, com jurisdição sobre todo o território nacional, podem, no exercício de sua competência, declarar, também com eficácia erga omnes, a inconstitucionalidade de qualquer lei, mediante o controle difuso, em qualquer processo.

Os tribunais regionais federais e do trabalho não dispõem de competência para declarar, em via principaliter, a inconstitucionalidade de lei alguma, dada a sua qualificação regional, não podendo a Justiça da União, por um de seus Tribunais Regionais Federais, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pondo-a à margem da ordem jurídica, apenas em relação a determinada região —, por exemplo no Rio e Espírito Santo, que integram a jurisdição do TRF da 2ª Região —, mas que continuaria valendo para o resto do

País. Podem esses Tribunais, isto sim, negar aplicação à lei que considere inconstitucional, mediante controle difuso —, ou como se diz, impropriamente, declarar a inconstitucionalidade incidenter tantum — poder que, de resto, é reconhecido a qualquer juiz, seja de que instância for, no exercício da atividade jurisdicional. A eficácia, em tais circunstâncias, produz-se, apenas inter partes; jamais erga omnes.

Mais coerente com o sistema era a dicção do art. 13, § 10, da Lei n. 221, de 1894, atribuindo aos tribunais o poder de não aplicar as leis inconstitucionais.

Admitindo-se a denominada (impropriamente) declaração incidenter tantum, esta só pode ser pronunciada nos processos que comportam recurso dos órgãos fracionários de um Tribunal para o próprio Tribunal, sem determinação expressa da Constituição, de recurso (ordinário ou especial lato sensu), diretamente, para os Tribunais Superiores. Assim, por exemplo, o mandado de segurança contra ato de autoridade federal ou no exercício de função delegada¹¹, que, julgado pela Turma, comporta recurso diretamente para o STJ ou STF, sem trâmite necessário pelo Pleno do Tribunal, não admite incidente de inconstitucionalidade, com fundamento no art. 97 da Constituição. Do contrário, estaria o Pleno do tribunal de origem, via incidental, usurpando do Tribunal Superior a competência para reexaminar o acórdão da Turma, e inclusive a competência da própria Turma, para processar e julgar o recurso, pois, em tais circunstâncias, o Pleno impõe à Turma a sua decisão, pelo efeito vinculante que dela resulta; e isso sem nenhum apoio numa exegese sistemática da Constituição. Em outros termos, admite-se um incidente recursal da Turma para o Pleno de um tribunal, sem nenhum apoio legal ou constitucional, pois a própria Constituição prevê recurso direto da Turma para o STJ ou para o STF. Observe-se que se trata, na hipótese, de competência funcional ou hierárquica, constitucionalmente estabelecida, e que não pode ser alterada, no particular, por norma processual ou regimental.

Aos Tribunais de Justiça e os Tribunais de Alçada, aplica-se o disposto no art. 97 da Constituição Federal, com alcance mais amplo ou menos amplo, conforme a natureza da lei de cuja inconstitucionalidade se trate. Em se tratando de lei federal, aplicam-se-lhe os mesmos princípios aplicáveis aos Tribunais Regionais Federais, ou seja, ou negam aplicação à lei considerada inconstitucional, ou

apenas incidenter tantum declaram-na inconstitucional, de forma difusa, com eficácia inter partes. Em se tratando de lei estadual, ou a sua inconstitucionalidade resulta de atrito com a Constituição Federal, ou com a Constituição do próprio Estado: a) na primeira hipótese, a competência para controle concentrado, mediante ação direta de inconstitucionalidade, é do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a, CF), com efeitos erga omnes, ou do Tribunal de Justiça, em controle difuso, com efeitos inter partes; na segunda, o Tribunal de Justiça pode exercer o controle concentrado, ou difuso, conforme a hipótese. Em se tratando de lei municipal, também a competência pode fazer-se pelas duas formas (concentrada ou difusa), esteja a lei em atrito com a Lei Orgânica dos Municípios, ou com a Constituição do Estado.

Quando, v.g., o art. 159 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro repete a regra do art. 97 da Constituição Federal — “Art. 159. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” — essa competência só pode ser exercitada, com eficácia erga omnes na hipótese prevista no art. 161, inciso IV, “a”, da Constituição, ou seja, processar e julgar originariamente a “representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual”. Jamais, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal por que para tanto não está autorizado nem pela Constituição Federal e nem pela Constituição Estadual.

Os tribunais regionais eleitorais aplicam somente lei federal — notadamente o Código Eleitoral —, exercendo, portanto, somente o controle difuso da constitucionalidade, com eficácia restrita aos processos em que a decisão é proferida.

Por fim, o controle da constitucionalidade das leis pode ser exercido pelos próprios juizes de primeiro grau, no exame das causas submetidas a seu julgamento, igualmente, e somente, pelo método difuso com eficácia inter partes.

Tem-se reconhecido também aos Tribunais de Contas o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis, embora exerçam eles apenas “jurisdição administrativa”, suscetível de revisão pelo Poder Judiciário. Estabelece a Súmula n. 347 do STF que: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitu-

tividade das leis e dos atos do Poder Público”. Como cada Estado federado e a União Federal têm o seu Tribunal de Contas, aplicam-se-lhes os mesmos princípios relativos aos demais tribunais, em atenção à natureza da lei que aplicam e o alcance nacional ou estadual das suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do art. 97 da Constituição, apenas o Supremo Tribunal Federal, quanto às leis federais e estaduais, em choque com a Constituição Federal, pode declarar, de forma concentrada, ou difusa, a sua inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes sobre todo o território nacional.

Os Tribunais de Justiça podem igualmente fazê-lo, quanto às leis estaduais e municipais, em choque com a Constituição estadual, de forma concentrada, ou difusa, com eficácia erga omnes sobre todo o território do Estado. Os Tribunais de Alçada, por seu turno, apenas de forma difusa podem exercer tal controle.

Os tribunais regionais federais, in generi, também, apenas de forma difusa podem exercer o controle da constitucionalidade das leis, o que confina a sua decisão inter partes ao processo em que foi proferida, e, conseqüentemente, ao território da jurisdição do respectivo tribunal.

O controle difuso de constitucionalidade, antes de declarar incidenter tantum a inconstitucionalidade da lei, deve ser realizado pelos tribunais mediante simples negativa de aplicação da lei inconstitucional, com o que se afasta a lei do universo jurídico nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, com eficácia inter partes, até que venha a ser declarada, de forma principaliter ou difusa pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia erga omnes.

Não atende à melhor exegese sistemática, a orientação pretoriana de que os órgãos fracionários de tribunais, como as câmaras, seções ou turmas não possam declarar a inconstitucionalidade das leis, porque a declaração incidenter tantum é a única forma permitida pela Constituição Federal aos tribunais regionais, para afastar a aplicabilidade das leis inconstitucionais, com eficácia interna (em cada processo) e subjetivamente delimitada (inter partes).

Allás, não teria sentido que pudesse um juiz singular afastar uma norma por

inconstitucional, e não o pudesse um órgão fracionário de um tribunal, quando tenha que enfrentar o mesmo tema, obrigando o seu Plenário a enfrentar um tema (da constitucionalidade das leis) que deve, normalmente, ser evitado.

Correta, a meu ver a decisão do Tribunal de Justiça do Ceará, objeto do Recurso Extraordinário n. 179.170-5, quando entendeu não haver 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. Equivocada, no particular, data vênua, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao entender que, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por tribunal, só pode declará-la o Plenário ou seu Órgão Especial, em face do disposto no art. 97 da Constituição Federal¹². Equivocada, igualmente, decisão da egrégia Suprema Corte, no RE n. 140.948-7-PE, entendendo indispensável que o Plenário do Tribunal Regional Federal se pronunciasse a respeito de inconstitucionalidade de lei, no processo em julgamento na Turma¹³. Incorreta, com a mesma vênua, a decisão do TRF da 2ª Região, nos EDAMS n. 90.02.10337-RJ, ao prover embargos da União, para remessa dos autos ao Pleno para apreciação de inconstitucionalidade¹⁴.

O Supremo Tribunal Federal não se tem preocupado com uma exegese sistemática do art. 97 da Constituição, nem buscado estabelecer os limites constitucionais dos poderes dos diversos tribunais, na declaração, principal ou incidental, de inconstitucionalidade das leis ou atos do Poder Público — o que é fundamental numa organização judiciária que reconhece tal poder a tribunais de nível nacional, regional ou estadual — detendo-se na interpretação literal desse preceito, preocupado apenas com o fato de ter sido, ou não, remetida tal discussão ao Plenário, e com o quorum previsto para sua declaração. E o que é pior: indiferente à natureza da norma jurídica, cuja declaração de inconstitucionalidade se pretende, e a extensão da sua eficácia no universo jurídico nacional.

Com tais observações, exponho à crítica dos doutos um aspecto do controle de constitucionalidade das leis, quase nunca versado na doutrina e na jurisprudência, que têm como pacífica uma regra constitucional (art. 97) de extensão bem diversa daquela que aparenta na literalidade do seu enunciado.

1 - A semente da doutrina da revisão judicial foi, sem dúvida, a Inglaterra, nos famosos conflitos do juiz Coke, sustentando a faculdade dos tribunais decidirem sobre a legitimidade das leis do Parlamento, mas que só veio a germinar em 1803, nos Estados Unidos, no famoso caso *Marbury versus Madison*, que teve no Juiz Marshall o seu idealizador.

2 - Admitem-se outros sistemas de controle: a) exercido pelo próprio Poder Legislativo, à maneira da Constituição alemã de 1871, que o entregava ao Conselho Federal (Reichsrat), ou das Constituições Francesas do ano VII e de 1802; que atribuía essa função ao Senado Conservador; b) exercido por um tribunal especial, composto de juizes e políticos, com a função de declarar a inconstitucionalidade das leis, à maneira do que ocorreu com os Tribunais de Justiça constitucional da Alemanha (1919), da Áustria (1920) e da antiga Tchecoslováquia (1920).

3 - O controle por via de ação direta de inconstitucionalidade molda-se no direito constitucional austriaco, enquanto o controle por via de exceção vincula-se ao modelo tradicional, em que o problema surge como incidente, tendo o seu desfecho na via judicial normal.

4 - Não se tem notícia de idêntico instituto em outros países, pois a lei presume-se constitucional, não sendo necessário que isso seja dito numa ação direta pela Suprema Corte. Na prática, no entanto, tem-se permitido ao STF pronunciar-se in abstracto sobre a constitucionalidade da lei, com eficácia erga omnes, evitando que leis constitucionais sob a ótica da Suprema Corte venham a ser tidas por inconstitucionais por outros órgãos do Poder Judiciário ou do Poder Executivo.

5 - Este dispositivo é tradicional no nosso direito constitucional, existente nas Constituições Federais de 1934 (art. 179), 1937 (art. 96), 1946 (art. 200), 1967 (art. 111) e 1969 (art. 116). Na Constituição de 1891 (art. 59, § 1º, "b"), consagrava um controle judicial moderado, pois só as leis estaduais podiam ser declaradas inconstitucionais. Essa orientação veio a ser completada pela Lei n. 221, de 1894 (art. 13, § 10), atribuindo aos tribunais o poder de não aplicar as leis inconstitucionais.

6 - Os acordos coletivos de trabalho podem ser equiparados a uma lei regional, pelo que os Tribunais Regionais do Trabalho aplicariam, além da lei federal, também as "leis regionais",

tendo a sua decisão, quanto a estas últimas, eficácia regional.

7 - A lei federal é aquela que disciplina interesses federais; diversamente da lei nacional, que disciplina não só os interesses federais, como também os estaduais e os locais. A Lei n. 8.112/90, que disciplina o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União é uma lei federal; o Código Civil já é uma lei nacional.

8 - "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 2º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 3º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor".

9 - "Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

10 - Para esse fim, devem votar pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo a maioria absoluta (dois terços) dos presentes, estando presentes dois terços dos membros do tribunal.

11 - O Pleno do TRF da 2ª Região tem competência para julgar os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal, de seu Presidente, e Vice-Presidente, e do Corregedor da Justiça Federal, e de seus órgãos fracionários, e de seus Juizes, e contra ato do Conselho de Administração (art. 7º, III, RI).

12 - Cf. RE n. 179.170-5-CE, rel. Min. Moreira Alves, STF, 1ª T., un., DJ 30.10.98, p. 15.

13 - Cf. RE n. 140.948-7-PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, STF, 1ª T., un., DJ 25.8.95, p. 26.028.

14 - Cf. EDAMS n. 90.02.10337-RJ, Juiz Celso Passos, TRF-2ª Região, 3ª T., un., DJ 18.5.95, p. 30.094).