

03/04/2003

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 27.02.2004

EMENTÁRIO Nº 2141-2

TRIBUNAL PLENO

EMB.INFR.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

EMBARGANTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMBARGADA : ASSOCIACAO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADVOGADOS : FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI E OUTRO

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juizes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado "pensamento jurídico do possível". 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer dos embargos infringentes e, por maioria, provê-los para declarar a constitucionalidade do ato impugnado na ação.

Brasília, 03 de abril de 2003.

MINISTRO MARCO AURÉLIO - PRESIDENTE

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR



03/04/2003

TRIBUNAL PLENO

EMB. INFR. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 - DF**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

EMBARGANTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMBARGADA : ASSOCIACAO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADVOGADOS : FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI E OUTRO

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):**

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Procurador-Geral da República contra acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1289, admitidos na forma do despacho de fls. 224 (RISTF, art. 333, IV e parágrafo único).

A Procuradoria-Geral da República assim relata a controvérsia:

"Trata-se de embargos infringentes opostos contra acórdão prolatado em 18.12.96, por esse Colendo Supremo Tribunal Federal, a seguir transcrito:

'Somente quando não houver, entre os Membros do Ministério Público do Trabalho, candidato com mais de dez anos de carreira, será lícita a inclusão em lista, para investidura no cargo de Juiz de Tribunal Regional do Trabalho, de quem não preencha aquele requisito temporal.

Inconstitucionalidade, perante art. 115, parágrafo único, inciso II, combinado com o art. 94, ambos da Carta de 1988, de ato normativo do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, que autorizara a complementação da lista com figurantes

destituídos daquela antiguidade. Decisão majoritária do Supremo Tribunal.'

Admitidos os embargos (fls. 224) e após juntada a impugnação ofertada pela associação dos Magistrados Brasileiros (fls. 227/230) vieram os autos a esta Procuradoria-Geral da República para manifestação acerca do mérito.

Assim dispõem os dispositivos constitucionais apontados como vergastados pelo ato normativo impugnado mediante a ação direta em causa:

'Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juizes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade estabelecida no § 2º do art. 111.

Parágrafo único. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho serão:

I - omissis

II - advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, obedecido o disposto no art. 94.'

'Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representações das respectivas classes.'

A Constituição exige, de fato, para a formação do quinto constitucional, a elaboração de lista sêxtupla

com os membros do Ministério Público que possuam mais de dez anos de carreira.

Porém, nada dispõe a Carta da República na hipótese de faltarem membros do Ministério Público que possuam aquele requisito temporal de dez anos de carreira para compor a necessária lista sêxtupla.

Assim sendo, se não há vedação constitucional expressa, afigura-se legítima a complementação da lista sêxtupla com membros do Ministério Público que, embora tenham sido submetidos ao processo de escolha comum a todos os candidatos, não tenham completado, ainda, o período de dez anos a que se refere o art. 94 da Constituição da República.

Ademais, como afirmado nos embargos, 'a lista sêxtupla' visa a permitir a possibilidade de escolha pelo Poder Judiciário de três nomes entre os seis candidatos, bem assim, posteriormente, a escolha pelo Poder Executivo de um único nome entre aqueles constantes da lista tríplice elaborada pelo Poder Judiciário.

Portanto, a formação, pelo órgão de classe, de uma lista em número inferior a seis representaria cerceamento tanto no dever-poder atribuído ao Poder Judiciário de dentre seis nomes, escolher três, como também no dever-poder do Poder Executivo de escolher apenas um.

Com efeito, veja-se que, na hipótese de haver apenas um candidato com mais de dez anos de carreira, teria ele verdadeiro direito subjetivo à sua nomeação, restando tolhida a necessária participação dos Poderes Judiciário e Executivo no processo de preenchimento do quinto constitucional, contrariando, dessa forma, a Constituição Federal." (fls. 233/235)



ADI 1.289-EI / DF

Opina, por fim, pelo provimento dos embargos para que seja reformado o acórdão proferido no julgamento da ADI 1289, "a fim de julgá-la improcedente e declarar a constitucionalidade do item IV da decisão normativa do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, tomada na sua 4ª Reunião Ordinária realizada em 25.10.93".

É o relatório.

h

03/04/2003

TRIBUNAL PLENO

EMB. INFR. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

Nos termos da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, "a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória" (art. 26).

Assim sendo, resta evidente que o legislador ordinário conferiu disciplina que veda claramente o manejo da espécie recursal em questão no processo de controle abstrato de normas.

Restaria indagar se a inadmissibilidade positivada teria aplicação ao recurso interposto antes do advento da lei proibitiva (4.6.1998).

Esta Corte já afirmou a admissibilidade dos embargos infringentes contra decisão não unânime, em ação direta, proferida antes da entrada em vigor da Lei nº 9.868, de 1999 (ADI(EI) 1.591-RS, rel. Sepúlveda Pertence, 27.11.2002).

Não há dúvida, pois, quanto à admissibilidade dos embargos no presente caso.

Na questão de mérito, Carlos Velloso anotou em seu voto, verbis (fls. 150/153):



"Temos, sob nossa apreciação, um princípio, o do quinto constitucional, instituído em favor dos advogados e do Ministério Público. É dizer, a Constituição institui o princípio segundo o qual um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais do Trabalho será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (C.F., art. 94; art. 115, parágrafo único, II).

O princípio, para a sua concretização, exige a satisfação dos requisitos inscritos no art. 94 da Constituição. No que concerne aos membros do Ministério Público, são dois os requisitos: a) contarem "com mais de dez anos de carreira"; b) serem indicados em lista sêxtupla pelo órgão de representação de sua classe.

De um lado temos, pois, o princípio constitucional, o do "quinto". De outro, os requisitos.

Surge, então, o problema.

Se não houver membros do Ministério Público com o requisito acima indicado, como compor a lista sêxtupla, a fim de realizar-se o princípio? Seria possível compor-se ou complementar a lista sêxtupla com membros do Ministério Público que ainda não tenham completado dez anos na carreira?

Depois de muito meditar sobre o tema, respondo afirmativamente.



É que o princípio, o do quinto constitucional, constitui a premissa maior. É certo que o requisito do tempo na carreira o embasa. Este, entretanto, há de ceder no momento em que a realização do princípio possa não ocorrer por falta de membros do Ministério Público que o satisfaçam. Temos informações seguras no sentido de que em diversos TRTs, em razão do deferimento da cautelar, suspendendo a eficácia da resolução objeto desta ação, há vagas de juizes do Ministério Público que estão ocupadas por juizes de carreira. Segundo um dos memoriais que nos foi oferecido, isto estaria ocorrendo relativamente a quatorze vagas dos TRTs. No memorial que nos foi apresentado pelo ilustre advogado Orlando Vaz Filho, está consignado, ademais, com a prova do afirmado - declaração fornecida pelo Sr. Sérgio da Costa e Silva, Diretor da Divisão do Pessoal da Procuradoria-Geral do Ministério Público do Trabalho - que "contam registrados 379 (trezentos e setenta e nove) Membros em efetivo exercício neste Ministério Público do Trabalho, sendo que 43 (quarenta e três) constam com mais de 10 (dez) anos de efetivo exercício na carreira".

Assim sendo, se não for permitida a inclusão, na lista sêxtupla, de membro do Ministério Público com menos de dez anos de carreira, ter-se-á: ou a não realização do princípio constitucional do quinto, assim descumprindo-se o que a Constituição quer e determina (C.F., art. 94), ou o não cumprimento do segundo requisito, o da lista sêxtupla, vale dizer, com a feitura desta apenas com um ou dois nomes. De um modo ou de outro a ofensa à Constituição é grave: primeiro: a não realização do princípio constitucional do quinto torna irregular a composição do Tribunal e chega a por em dúvida a



perfectibilidade de suas decisões; segundo, a não observância da lista sêxtupla, para o fim de realizar-se o princípio do quinto constitucional, implica ofensa a princípio outro: o de que o Tribunal, que deve fazer a redução da lista sêxtupla para lista tríplice tem inibida ou mitigada a prerrogativa de escolha que lhe conferiu a Constituição; e se a lista que deveria ser sêxtupla passou a ser, na origem, tríplice, então o Tribunal não tem escolha nenhuma; e se a lista, que na origem deveria ser sêxtupla, mas que contém apenas um nome ou dois nomes, então teríamos duas ofensas, ao mesmo tempo, à Constituição: nem o Tribunal nem o Presidente da República poderiam exercer a prerrogativa constitucional de escolha (C.F., parágrafo único do art. 94)." (fls. 150/153)

Em seguida, conclui Velloso (fls. 54):

"É de ver-se, portanto, que o ato normativo objeto desta ação impede a ocorrência de ofensas maiores à Constituição.

Esclareça-se, no caso, que o referido ato normativo garante a inclusão na lista sêxtupla de procurador com dez anos na carreira - 'ficando garantida na lista sêxtupla as vagas dos procuradores com 10 (dez) anos'. Preserva-se, portanto, tanto quanto possível, a norma do art. 94 da Constituição Federal".

O exame dessa questão avivou-me a memória para uma reflexão de Gustavo Zagrebelsky sobre o *ethos* da Constituição na sociedade moderna. Diz aquele eminente Professor italiano no seu celebrado trabalho sobre o direito dúctil - *il diritto mitte*:

"As sociedades pluralistas atuais - isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade

de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado - isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma" (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3ª. edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13).

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

"No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição - válido para a **scientia juris** - não deveria obstaculizar a atividade própria da **jurisprudencia** de intentar realizar positivamente a 'concordância prática' das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. 'Positivamente': não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil.*, cit., p. 16).



Por isso, conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o "pensamento do possível". Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:

"Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível - uma unidade dúctil, como se afirmou - deriva também a exigência de abandonar a soberania de um único princípio político dominante do que pode extrair-se dedutivamente todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do **aut-aut**, do "ou dentro ou fora". A coerência "simples" que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do **et-et** e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um "modo de pensar do possível" (Möglichkeitsdenken), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental "possibilista" representa para o pensamento o que a "concordância prática" representa para a ação" (Zagrebel'sky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 17).

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o "pensamento jurídico do possível" expressão, conseqüência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes conseqüências da orientação perfilhada por Häberle, "uma teoria constitucional das alternativas" pode converter-se numa "teoria

constitucional da tolerância" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que "alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

A propósito, anota Häberle:

"O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na **res publica** existe um **ethos** jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para "novas" realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3).

Nessa linha, observa Häberle, "para o estado de liberdade da **res publica** afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas". Daí ensinar que "não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do

possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

A análise do voto proferido por Carlos Velloso, mostra, de forma evidente, a adoção, na espécie, de um "pensamento do possível". Em outros termos, valendo-nos da lição de Scheuner citada por Häberle, se quiser preservar força regulatória em uma sociedade pluralista, a Constituição não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como "projeto" ("*Entwurf*") em contínuo desenvolvimento (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 4).

Ao assentar que um dos valores constitucionais para a composição de órgãos judiciais era a observância do quinto constitucional, Velloso chamou a atenção para um elemento que assume valor ímpar nas sociedades pluralistas: a composição plural dos órgãos judiciais. Entre nós, o princípio do quinto constitucional rende notória homenagem a esse valor, permitindo que as Cortes tenham, necessariamente, uma composição diversificada. A não-satisfação do princípio do quinto constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional, tal como anotado no voto de Velloso. Ademais, cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchiam o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, a resolução referida atendeu a um outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio

de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabaria por afetar o modelo original concebido pelo constituinte, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha.

Portanto, entre as interpretações cogitáveis, parece-me que aquela que mais se aproxima desse "pensamento do possível", na espécie, é exatamente a perfilhada no voto do Carlos Velloso, que, como se vê, logra realizar os princípios em eventual tensão dialética sem comprometer aspectos fundamentais da complexa decisão constitucional, ou seja, respeita-se a regra do quinto constitucional e a cláusula da lista sêxtupla, que, menos do que a revelação de um número cabalístico, contém uma definição em favor da liberdade relativa de escolha por parte do Tribunal e do Poder Executivo.

Muito mais distante da vontade constitucional seria a composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público, significa dizer, sem a observância do princípio do quinto constitucional na espécie. Da mesma forma, haveria de revelar-se distante do texto constitucional a composição da lista com número inferior ao estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha. Não há dúvida, pois, de que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados, escolheu a Resolução aquele que mais se aproximava da integridade da decisão constitucional, respeitando o princípio do quinto constitucional e a liberdade de escolha dos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

Essa questão poderia ser vista de uma outra perspectiva, a da lacuna da Constituição.

Nesse sentido, permito-me trazer à colação interessante caso julgado pela Corte de Cassação da Bélgica, mencionado por Perelman em "Lógica Jurídica". Anota Perelman:

"Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o

Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.

'A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes 'são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição', e o artigo 130 diz expressamente que 'a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte.' (A. Vanwelkerhuyzen, *De quelques lacunes du droit constitutionnel belge*, em *Le problème des lacunes en droit*, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo.

(...)" (Perelman, Chaïm. *Lógica Jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p.105).

Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

"Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental.

'Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às

circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei - constituição ou lei ordinária - nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos.' (Vanwelkenhuysen, *Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348-349).

(...)” (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p.106).

Nessa linha, conclui Perelman:

“Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, contra

*legem. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas 'pela força dos acontecimentos', 'por força maior', 'pela necessidade'" (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit. p. 107).*

Não é difícil encontrar exemplos do pensamento do possível na rica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não raras vezes assentada na eventual configuração de uma omissão ou lacuna constitucional. São exemplos notórios desse pensamento as decisões do Tribunal que reconheceram a existência de uma "situação jurídica ainda constitucional" relativamente a algumas normas aplicáveis às defensorias públicas.

De certa forma, o precedente firmado no Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, parece aquele que, entre nós, melhor expressa essa idéia de omissão ou lacuna constitucional apta a justificar interpretação compreensiva do texto constitucional e das situações jurídicas pré-constitucionais.

A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para a versão brasileira do "pensamento constitucional do possível":

"Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen, art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou

revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia **ex tunc** faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição – ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328” (RECrIm 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238, p. 390).

Nesse sentido, afigura-se eloqüente a seguinte passagem do voto proferido por Sepúlveda Pertence:

“O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no



Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia **ex tunc**; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.

Isso ð que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União e no da maioria das Unidades da Federação.

Certo, enquanto garantia individual do pobre e correspondente dever do Poder Público, a assistência judiciária alçou-se ao plano constitucional desde o art. 141, § 35, da Constituição de 1946 e subsistiu nas cartas subseqüentes (1967, art. 150, § 32; 1969, art. 153, § 32) e na Constituição em vigor, sob a forma ampliada de '**assistência jurídica integral**' (art. 5.º, LXXIV).

Entretanto, é inovação substancial do texto de

1988 a imposição à União e aos Estados da instituição da Defensoria Pública, organizada em carreira própria, com membros dotados da garantia constitucional da inamovibilidade e impedidos do exercício privado da advocacia.

O esboço constitucional da Defensoria Pública vem de ser desenvolvido em cores fortes pela LC 80, de 12.1.94, que, em cumprimento do art. 134 da Constituição, **'organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados'**. Do diploma se infere a preocupação de assimilar, quanto possível, o estatuto da Defensoria e o dos seus agentes aos do Ministério Público: assim, a enumeração dos mesmos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 3.º); a nomeação a termo, por dois anos, permitida uma recondução, do Defensor Público Geral da União (art. 6.º) e do Distrito Federal (art. 54); a amplitude das garantias e prerrogativas outorgadas aos Defensores Públicos, entre as quais, de particular importância, a de **'requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições'** (arts. 43, X; 89, X e 128, X).

A Defensoria Pública ganhou, assim, da Constituição e da lei complementar, um equipamento institucional incomparável - em termos de adequação às suas funções típicas -, ao dos agentes de outros organismos públicos - a exemplo da Procuradoria de diversos Estados -, aos quais se vinha entregando individualmente, sem que constituíssem um corpo com

identidade própria, a atribuição atípica da prestação de assistência judiciária aos necessitados.

Ora, no direito pré-constitucional, o art. 68, C. Pr. Penal – ao confiá-lo ao Ministério Público –, erigiu em modalidade específica e qualificada de assistência judiciária o patrocínio em juízo da pretensão reparatoria do lesado pelo crime.

Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Penal será considerado ainda vigente.

O caso concreto é de São Paulo, onde, notoriamente, não existe Defensoria Pública, persistindo a assistência jurídica como tarefa atípica de Procuradores do Estado.

O acórdão – ainda não publicado – acabou por ser tomado nesse sentido por unanimidade, na sessão plenária de 1.6.94, com a reconsideração dos votos antes proferidos em contrário.

Ora, é notório, no Estado de São Paulo a situação permanece a mesma considerada no precedente: à falta de Defensoria Pública instituída e implementada segundo os moldes da Constituição, a assistência judiciária continua a ser prestada pela Procuradoria-Geral do Estado ou, na sua falta, por advogado.” (RECrIm 147.776-8, Rel: Sepúlveda

Pertence, Lex - JSTF 238: 390-9 (393-7).

Também aqui se identificou uma lacuna no texto constitucional, que, ao outorgar a atribuição de assistência judiciária às defensorias públicas, não ressaltou as situações jurídicas reguladas de maneira diversa no direito pré-constitucional - ausência de cláusula transitória -, especialmente naquelas unidades federadas que ainda não haviam instituído os órgãos próprios de defensoria. Dessarte, a justificativa para a manutenção do direito pré-constitucional fez-se com base numa disposição transitória implícita, que autorizava a aplicação do modelo legal pré-constitucional até a completa implementação do novo sistema previsto na Constituição.

Assim, também no caso em apreço parece legítimo admitir que a regra constitucional em questão contém uma lacuna: a não-regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional. E, tal como demonstrado, a aplicação que menos se distancia do sistema formulado pelo constituinte parece ser aquela que admite a composição da lista com procuradores do trabalho que ainda não preenchiam o requisito concernente ao tempo de serviço. Assegurou-se aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária dentre procuradores com tempo de serviço inferior a 10 anos, na hipótese de inexistência de candidatos que preenchessem o requisito temporal fixado.

Nesses termos, acolho os embargos infringentes, para declarar a constitucionalidade do item IV da decisão normativa do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, tomada na 4ª Reunião Ordinária realizada em 25.10.1993.



03/04/2003

TRIBUNAL PLENO

EMB.INFR.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - : Sr. Presidente, acompanho o voto do Ministro Gilmar Mendes, porque, na ponderação entre os valores constitucionais colocados em xeque, parece-me que S. Exa. encontrou a boa e conciliatória solução, de modo a não se deixar nos tribunais, sem a participação do quinto - uma cadeira vazia - enquanto não se preenchessem seis vagas com dez anos de exercício profissional.



03/04/2003

TRIBUNAL PLENO

EMB. INFR. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO DIRETA

DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, considero as observações, mas não me comprometo com toda a adjetivação italiana trazida pelo Ministro-Relator.

O fato é o seguinte: temos, inclusive, alguns desses personagens que foram presidentes de tribunais, já estão aposentados, e praticaram atos.

Então, desconstituir **ex-tunc** toda essa situação resultará em uma balbúrdia imensa, pois há uma resistência em aplicar o artigo 27.

Seria necessário julgar nulo tudo o que foi feito, gerando uma confusão enorme e, como diria o Ministro-Presidente, estamos perante um dado da realidade.

Com essas ponderações cautelosas, principalmente pela circunstância específica de estarmos diante de uma situação residual, acompanho o Ministro Gilmar Mendes.

EMB.INFR.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

EMBARGANTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMBARGADA : ASSOCIACAO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

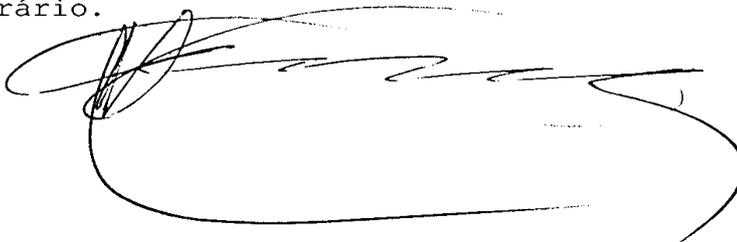
ADVOGADOS : FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI E OUTRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo com o eminente Ministro Gilmar Mendes.

Até onde pude entender, o voto ilustrou o pensamento que já havíamos exteriorizado anteriormente. Falando apenas do ponto de vista prático, como ficaria o TRT em que se desse a vaga? Vivi essa situação porque era Ministro da Justiça, na época, e não se conseguia encontrar um membro do Ministério Público que, na Região ou em outra, tivesse os dez anos e/ou aceitasse o deslocamento. Na ocasião, votei pela improcedência da ação, como reitero agora ao acompanhar o eminente Relator.

Em conseqüência, acolho os embargos, com a vênia de quem entende em sentido contrário.



03/04/2003

TRIBUNAL PLENO

EMB.INFR.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sr. Presidente, reporto-me ao voto que proferi no julgamento da ADI e aos acréscimos doutrinários expendidos pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, que conferem a este julgamento um julgamento de Corte Constitucional.

Acompanho S. Exa.



* * * * *

03/04/2003

TRIBUNAL PLENO

EMB. INFR. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, a meu ver, valor muito maior do que prerrogativa do Tribunal ou do Presidente da República é, justamente, a circunstância de a Constituição só admitir que entrem pelo quinto aqueles que preenchem as condições nela exigidas, salvo se não houver ninguém, pois, nesse caso, se aplica o princípio **ad impossibilia nemo tenetur**. Mas enquanto houver pelo menos um, então, fica esse. E não vejo nisso, absolutamente, nada de mais.

Por outro lado, com todas as vênias do Ministro Gilmar Mendes, não sou daqueles que admitem que, por interpretação, possamos suprir lacuna, para o efeito de não se declarar a inconstitucionalidade. Aqui, não há lacuna, mas ocorre uma situação que deve ser resolvida por via de interpretação para se saber, dentre os princípios em choque, qual deles prevalece. Isso, aliás, é comum, em matéria de direitos e garantias fundamentais.

Com a devida vênia, mantenho o meu voto.



03/04/2003

TRIBUNAL PLENO

EMB. INFR. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -

Reafirmo o ponto de vista externado quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Considero-me um entusiasta da interpretação ativista do texto, objetivando preservar a alma da própria Constituição Federal.

Conforme ressaltado pela ministra Ellen Gracie, entendo que temos valores em jogo: o representado pela exigência de tempo de militância, quer na advocacia, quer no Ministério Público, e, ao lado desse valor, o relativo à prerrogativa de escolha do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Não posso imaginar uma lista sêxtupla de um único nome - se tivermos apenas um candidato ao cargo com dez anos de serviço - a ser encaminhada ao Judiciário para redução impossível e, posteriormente, ao Presidente da República para escolha, também, impossível.

Por isso, acompanho Sua Excelência.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.INFR.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.289-4
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
EMBE.: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
EMBDA.: ASSOCIACAO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADVDS.: FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI E OUTRO

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Ilmar Galvão e Moreira Alves, e, nesta assentada, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Plenário, 22.04.2002.

Decisão: O Tribunal determinou a retirada do processo da pauta do Plenário em face da aposentadoria do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 08.5.2002.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos embargos de infringentes, e, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves, proveu-os para declarar a constitucionalidade do ato impugnado na ação. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Plenário, 03.04.2003.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.


Luiz Tomimatsu
Coordenador