

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 187 DA LEI COMPLEMENTAR N. 75

(Breve anotação acerca dos princípios da isonomia e da
razoabilidade).*

Luís Carlos Martins Alves Jr.**

Sumário

1. Introdução. 2. A inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material. 2.1. Noção de inconstitucionalidade. 2.2. A inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material. 3. O princípio da isonomia. 4. O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. 5. O *tempo* como fator de discrimen. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

E Deus riu...

“Narra uma velha história que, durante aceso debate a propósito de um certo problema levantado pela interpretação do Talmude e sobre o qual nenhum consenso havia sido conseguido, o rabino Eliezer, cujo pensamento jurídico rigoroso e elegante não era seguido pela maioria dos presentes, afirmou que, se o seu raciocínio fosse correcto, um ulmeiro situado fora da sinagoga se deslocaria. Quando a árvore se moveu de facto, os restantes rabinos não pareceram impressionados. Eliezer vaticinou então

* Monografia referente à conclusão da disciplina Teoria Geral do Processo Civil, ministrada pelo Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves nos Cursos de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) da Faculdade Livre de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, no ano de 1997.

** Doutorando em Direito Constitucional na UFMG; Pesquisador do CNPq/Capes.

que, caso estivesse com a razão, o curso de um rio vizinho inverteria a sua direcção, o que efectivamente aconteceu; acrescentou ainda que os muros da escola rabínica se desmoronariam, o que de novo sucedeu. Estas maravilhas não convenceram, no entanto, os rabinos. Por fim, proclamou solenemente que o próprio Céu faria prova da sua razão. Foi então que uma voz celeste confirmou a opinião de Eliezer. Todavia, até mesmo desta voz os rabinos discordaram, dizendo: 'Não podemos dar atenção à voz divina porque Tu mesmo escreveste na Torah, no Monte Sinai, que nos devemos inclinar perante a opinião da maioria'. E Deus riu então, repetindo: 'Os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me!' (Talmude da Babilônica, Baba Mezia, 59b)" (Gunther Teubner. *O direito como sistema autopoiético*).

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho deita suas origens em um mandado de segurança impetrado junto à Justiça Federal no Estado de Minas Gerais para garantir a inscrição de candidato, portador de diploma de bacharel em Direito, no 16º Concurso Público para provimento do cargo de Procurador da República.

A ação constitucional foi impetrada porque no edital do concurso estava disposto que somente aqueles que comprovassem ser bacharéis em Direito há pelo menos dois anos (o que não era o caso do impetrante) poderiam se inscrever. O edital estava em consonância com o disposto no art. 187 da Lei Complementar n. 75, de 20/5/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União: "Poderão inscrever-se no concurso bacharéis em Direito há pelo menos 2 (dois) anos, de comprovada idoneidade moral."

Para combater as normas constantes no edital e na Lei Complementar n. 75 e para garantir a inscrição do impetrante, buscaram-se os fundamentos nos princípios jurídico-constitucionais da isonomia e da razoabilidade ou proporcionalidade das leis, posto que o vício de inconstitucionalidade a ser demonstrado não era formal, e sim material, o que, de algum modo, dificulta o convencimen-

to do julgador. Ademais, o provimento legislativo maculado pelo vício de inconstitucionalidade é uma lei complementar que, segundo determinada – e ultrapassada – corrente doutrinária,¹ goza de amplitude e de hierarquia superiores aos demais provimentos legislativos (sobretudo em face das leis ordinárias), com exceção das emendas constitucionais. Com isso, a regra desfruta de uma aparente juridicidade.

Todavia, como se demonstrará adiante, o enunciado legal lasca os princípios jurídico-constitucionais da isonomia e da razoabilidade das leis, por erigir o tempo, em si mesmo, como fator de discrimen entre os cidadãos, sem nenhuma correlação lógica com a finalidade presumivelmente colimada.

Assim posto, na presente monografia desenvolver-se-ão os argumentos usados naquele remédio constitucional para demonstrar que o disposto no citado art. 187, da Lei Complementar n. 75, é inconstitucional. Contudo, alguns dos aspectos a serem aqui analisados não foram surpreendidos naquela peça vestibular, sobretudo o enfoque sobre o conceito de inconstitucionalidade formal e material.

De mais a mais, deve-se dizer que as muitas litações foram todas necessárias, por respeito à honestidade intelectual e para evitar o excessivo número de discursos indiretos e seus perigos em adulterar o verdadeiro posicionamento do autor originário.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

2.1 Noção de inconstitucionalidade

Ressumbra de imediato a idéia de que a inconstitucionalidade significa a "não-constitucionalidade", ou seja, contrário à constitucionalidade, por conse-

1 Cf. ATALIBA, Geraldo. *Lei complementar na Constituição*. 1971. Convém mencionar que o mestre Ataliba mudou o seu posicionamento após a publicação da obra de José Souto Maior Borges (*Lei complementar tributária*, 1975). Nesta obra, o prof. Souto demonstra que tese da superioridade hierárquica da lei complementar ante a lei ordinária não encontra amparo no sistema normativo brasileiro, posto que aquela não é fundamento de validade desta. Ambas têm como fundamento de validade a Constituição. Só esta lhes é superior.

guinte, contrário à própria Constituição. Esta idéia não está errada, conquanto necessite ser melhor desenvolvida.

No pioneirismo de *Ruy Barbosa* encontram-se as lições propedêuticas, em nosso meio, sobre o significado de inconstitucionalidade em face dos sistemas constitucionais vigentes à época. Leciona, citando *Dicey*, o supremo constitucionalista brasileiro:

“A expressão *inconstitucional*, applicada a uma lei, tem, pelo menos, tres accepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que alludir:

I – Empregada em relação a um acto do parlamento inglez, significa simplesmente que esse acto é, na opinião do individuo que o aprecia, opposto ao espirito da Constituição ingleza; mas não póde significar que esse acto seja infracção da legalidade e, como tal, nullo.

II – Applicada a uma lei das Camaras francezas, exprimiria que essa lei, ampliando, supponhamos, a extensão do periodo presidencial, é contraria ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente dahi que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os Tribunaes francezes se reputem desobrigados a desobedecer ás leis inconstitucionaes. Empregada por francezes, a expressão de ordinario se deve tomar como simples termo de censura.

III – Dirigido a um acto do Congresso, o vocabulo *inconstitucional* quer dizer que esse acto excede os poderes do Congresso e é, por consequencia, nullo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruencia alguma, dizer que um acto do Congresso é uma boa lei, beneficia o paiz, mas, infelizmente, pecca por *inconstitucional*, isto é, *ultra vires*, isto é, nullo.”² (*sic*)

2 Cf. BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. Colligidos e ordenados por Homero Pires. I volume – Das disposições preliminares. 1932, p. 7-8. A obra de *Dicey* de onde Ruy extrai a citação é *Lectures introductory to the study of the law of the constitution* Londres, 1885, p. 165-166.

Buscando na semiótica subsídios para a compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade das leis, *Marcelo Neves*³ afirma:

“A estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, da qual é corolário a supremacia da Constituição, conduz ao problema da lei inconstitucional. Define-se inconstitucional uma lei cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, expressa ou implicitamente, ao conteúdo de dispositivos da Constituição. E, no sentido rigoroso aqui considerado, é a lei (em sentido formal ou material) em relação *imediate* de incompatibilidade vertical com normas constitucionais. [...] Daí por que a definição de lei inconstitucional deve denotar não só a incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e constitucional), mas também a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional).”

Com efeito, arrimado nas lições expostas, tem-se que a inconstitucionalidade, no sentido aqui perquirido, é a situação de desconformidade da norma legal em face da norma constitucional, ou seja, a rebeldia da norma inferior (lei) ante a obrigatoriedade máxima da norma superior (Constituição), seja em conflito material (o conteúdo da lei vai de encontro ao conteúdo da Constituição), seja em conflito formal (os pressupostos ou os requisitos ou as condições constitucionais de elaboração do provimento legislativo não foram cumpridos).⁴

2.2 A inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade das leis, segundo *Marcelo Neves*,⁵ ocorre em duas situações:

3 Cf. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 73.

4 Para a compreensão de “pressuposto”, “requisito” e “condição”, leia-se RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. O “pressuposto”, o “requisito” e a “condição” na teoria geral do direito e no direito público. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 21, n. 13, p. 185-202, out. 1973.

5 *Op. cit.*, p. 110.

“a) Quando o conteúdo da lei é incompatível com o preceito da Constituição (inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca); b) Quando a forma de elaboração da lei não corresponde ao modelo processual previsto na Constituição (inconstitucionalidade formal ou extrínseca). No primeiro caso, o órgão legiferante desrespeita ‘regras’ constitucionais de fundo; no segundo, há descumprimento de ‘regras’ constitucionais de forma. Ou, do ponto de vista pragmático: na primeira espécie, a lei desobedece às técnicas constitucionais de validação condicional; na segunda, há desobediência às técnicas constitucionais de validação finalística. Evidentemente, por desrespeitar concomitantemente técnicas constitucionais de validação condicional e de validação finalística, uma mesma lei pode ser formal e materialmente inconstitucional.”

A apuração da inconstitucionalidade formal tem um jaez de grande tecnicidade jurídica, posto que voltada unicamente para os aspectos formais, não formulando juízos sobre o conteúdo ou a substância da norma combatida.⁶

O mesmo não se pode atribuir à inconstitucionalidade material, visto que oferta nós górdios cujo desate merecem grandes esforços dos julgadores, mais do que nunca “jurisprudentes.”

Eis a advertente lição de *Paulo Bonavides*:

“O controle material de constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.

É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza

do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial.

Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja conseqüência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação de poderes, com aquele juiz julgando *de legibus* e não *secundum legem*, como acontece no controle meramente formal.”⁷

Evidentemente que em algumas circunstâncias fácil será apontar a inconstitucionalidade da norma legal que contrariar o texto supremo. Ao modo de exemplo, cite-se, hipoteticamente, uma lei que sancione uma determinada conduta ilícita com a pena de tortura ou de castigos físicos. Esse hipotético dispositivo legal estaria transbordando de suja inconstitucionalidade, pois colidiria violentamente com as normas constitucionais pátrias. Todavia, nem sempre os conflitos materiais de constitucionalidade se apresentam com essa claridade solar. Oxalá nunca com tão sórdido acinte!

Assim posto, vê-se que a missão de dizer o que é direito constitucional ou o que não é, função exclusiva do Poder Judiciário, no sistema brasileiro deve ser exercida com o máximo de prudência – como devem ser todos os julgados –, haja vista a possibilidade de intrusão judicial nas funções desenvolvidas pelos demais Poderes estatais, vindo a rasgar o sudário protetor de sua separação.

3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A ereção do tempo, isoladamente considerado, como elemento discriminatório não encontra guarida no sistema jurídico brasileiro, pois está a infringir dois princípios jurídicos da maior importância: o da isonomia e o da proporcionalidade das leis.

Quanto ao primeiro, forçoso é convir que a lei, para ter legitimidade, deve ser instrumento aglutinador, e não excludente. Daí por que, na cabeça do art. 5º

6 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 229.

7 *Op. cit.*, p. 230-231.

da Constituição da República, está timbrado o princípio da igualdade de todos perante a lei, a saber:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

E qual o sentido da norma constitucional de igualdade (isonomia)?

Ao elegê-la como princípio fundamental da república democrática brasileira, impôs o constituinte o dever de tratamento equânime dos cidadãos, a vincular não só o administrador e o juiz na aplicação das leis, mas também o legislador em sua elaboração. Registra *Celso Antônio Bandeira de Mello*⁸ em opúsculo de leitura vital para os profissionais do direito:

“Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.”

Mas o que significa para o legislador tratar os indivíduos de maneira isonômica?

Em um primeiro estágio, significa dispensar aos *iguais* tratamento uniforme, e aos *desiguais* tratamento diferenciado. Com efeito, salta aos olhos o fato de que os indivíduos carregam consigo caracteres que os tornam pares de alguns, mas que detêm igualmente características que os diferenciam de outros. Daí, em um segundo estágio, cabe ao legislador colher na realidade social ele-

8 Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, p. 9.

mentos legítimos para a discriminação dos grupos de cidadãos que receberão tratamento diferenciado.

Da leitura do enunciado constitucional transparece que o princípio da igualdade veda, num plano inicial, tratamento desuniforme às pessoas. A matriz constitucional requer o tratamento sem discriminação alguma. Contudo, a realidade social demonstra que constituiria gritante injustiça proceder de maneira uniforme perante aos que estão em situações profundamente desiguais ou que são naturalmente diferentes. Portanto, excepcionalmente, deve o legislador eleger diferenças entre as pessoas, coisas, fatos ou situações, a fim de viabilizar o postulado supremo do Direito: a Justiça. Por essa razão, os dispositivos discriminatórios devem ser restritivamente interpretados.

*Celso Antônio Bandeira de Mello*⁹ dá alguns exemplos de elementos de diferenciação conformados ao princípio da isonomia:

“Supõe-se, habitualmente, que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrímen*. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade.

Assim, imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º, *caput*, da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc.

Descabe, totalmente, buscar aí a barreira insuperável ditada pelo princípio da igualdade. É fácil demonstrá-lo. Basta configurar algumas hipóteses em que estes caracteres são determinantes do *discrímen* para se aperceber que, entretanto, em nada se choca com a isonomia.

... Pode-se, ainda, supor que, grassando em certa região uma epidemia, a que se revelem resistentes os indivíduos de certa raça, a lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos públicos de enfermeiro, naquela

9 *Op. cit.*, p. 15 et seq.

área, os indivíduos pertencentes à raça refratária à contração da doença que se queira debelar. É óbvio, do mesmo modo, que, ainda aqui, as pessoas terão sido discriminadas em razão da raça, sem, todavia, ocorrer, por tal circunstância, qualquer hostilidade ao preceito igualitário que a Lei Magna desejou prestigiar.

Assim, também, nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão de sexo – a concursos para preenchimento de cargo de polícia feminina.”

Veja-se que, nos exemplos acima citados, as discriminações têm uma razão de ser, são criteriosas e plausíveis, não ofendem o senso comum da sociedade. Assentado que, excepcional e restritivamente, deve o legislador dispensar tratamento desuniforme a algumas pessoas, coisas, fatos ou situações, por força do imperativo maior de justiça, resta saber como deve agir na escolha de tais elementos, para não ferir de morte o princípio da isonomia, posto que o mandamento constitucional é, repise-se, o da igualdade na feitura e na aplicação da lei. Eis que nessa parte surge o não menos fundamental princípio da razoabilidade das leis, que tem como função precípua garantir a proporcionalidade dos fins e a adequação dos meios.

4 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU DA PROPORCIONALIDADE

*Francisco Campos*¹⁰ assertou com pena de ouro:

“Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encon-

tra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.”

Dispensável comentários sobre o afirmado. Faz-se somente um acréscimo: o mecanismo da igualdade, para ser aferido na atuação político-discricionária do legislador, pede a conjugação de outros princípios, dentre os quais merece especial atenção o da razoabilidade da lei. Tais princípios se interpenetram, viabilizando a consecução do primado da Justiça, senhor do Direito e das leis.

O que seria então a razoabilidade na feitura isonômica das leis?

Não é fácil definir o princípio constitucional da proporcionalidade. O mestre cearense *Paulo Bonavides*,¹¹ com arrimo em *Peter Muller*, estabelece duas noções de proporcionalidade, uma ampla e a outra restrita:

“Em sentido amplo, entende *Muller* que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

Nesta última acepção, entende *Muller* que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meio e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua *Gentz*, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (*eine Übermasskontrolle*).”

¹⁰ Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 9 et seq.

¹¹ Cf. *Op. cit.*, p. 315.

A importância da proporcionalidade na feitura e na aplicação das leis ganha elastério à medida que se compreende o caráter instrumental e finalístico do Direito. A norma jurídica não existe para si mesma. Seu nascimento e vida estão voltados para a satisfação de interesses sociais juridicamente tutelados. A eleição desses interesses constitui opção sociopolítica, efetivada mediante a intervenção dos órgãos jurídico-políticos socialmente estabelecidos. Assim, compreendendo-se o jaez finalístico e instrumental do Direito, percebe-se a sombra do princípio da proporcionalidade pairando sobre a ordem jurídica.

*José Joaquim Gomes Canotilho*¹² denomina o princípio da proporcionalidade de princípio da proibição do excesso. Este excesso é o do legislador no uso de sua discricionariedade política, vindo a ser o sobredito princípio um limite constitucional ao eventual arbítrio do legislador. Leciona o festejado mestre de Coimbra:

“Este princípio, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, [...] significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei.

... O princípio da proibição do excesso (ou proporcionalidade em sentido amplo) [...] constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens

ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou liberdade de conformação dos pressupostos das restrições de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.”

*Gilmar Ferreira Mendes*¹³ disserta, com precisão cirúrgica, sobre a inconstitucionalidade material e sobre o princípio da proporcionalidade:

“A inconstitucionalidade material envolve o próprio conteúdo do ato impugnado, abrangendo não apenas eventual contradição entre a norma constitucional e o ato legislativo ordinário, mas também o chamado desvio ou *excesso de poder legislativo*. A primeira espécie supõe o confronto entre comandos normativos, resultantes da adoção de prescrições contrárias aos princípios constitucionais. A inconstitucionalidade decorrente do desvio de poder está marcada pela incompatibilidade entre os objetivos da lei e os fins constitucionalmente consagrados, ou pela violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

... É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas de controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a exigibilidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.

12 Cf. *Direito constitucional*, p. 617.

13 Cf. *Controle de constitucionalidade – Aspectos políticos e jurídicos*, p. 36 *et seq.*

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*), permitindo aferir a compatibilidade das opções políticas com os princípios consagrados na Constituição. Nega-se, assim, à providência legislativa o atributo de um ato livre no fim, consagrando-se a vinculação do ato legislativo a uma finalidade.

... Importa assinalar, todavia, que o vício de excesso de poder legislativo, externado sob a forma de desvio de poder, há de ser aferido com base em critérios jurídicos. Não se trata de perquirir sobre a conveniência e a oportunidade da lei, mas de precisar a congruência entre os fins constitucionalmente estabelecidos e o ato legislativo destinado à prossecução dessa finalidade.

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismäßigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contrariedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.”

Explanados os princípios da isonomia e da proporcionalidade das leis, que estão sendo desrespeitados pela permanência no ordenamento jurídico desse já citado dispositivo, passa-se ao exame da completa irrazoabilidade do *tempo* como fator discriminatório, por si, para o alcance da finalidade constitucional da norma.

5 O TEMPO COMO FATOR DE DISCRÍMEN

O preclaro *Celso Antônio Bandeira de Mello*,¹⁴ sem tergiversações, afirma:

¹⁴ *Op. cit.*, p. 30 e *et seq.*

“O fator ‘tempo’ não é jamais um critério diferencial, ainda que em primeiro relanço aparente possuir este caráter.

Quando a lei validamente colhe os indivíduos e situações a partir de tal data ou refere os que hajam exercido tal ou qual atividade ao largo de um certo lapso temporal, não está, em rigor de verdade, erigindo o ‘tempo’, *per se*, como critério qualificador, como elemento diferencial.

Sucede, isto sim, que o tempo é um condicionante lógico dos seres humanos. A dizer, as coisas decorrem numa sucessão que demarcamos por força de uma referência cronológica irrefragável. Por isso, quando a lei faz referência ao tempo, aparentemente tomando-o como elemento para discriminar situações ou indivíduos abrangidos pelo período demarcado, o que na verdade está prestigiando como fator de desequilíbrio é a própria sucessão de fatos ou de ‘estados’ transcorridos ou a transcorrer. ... Em conclusão: tempo, só por só, é elemento neutro, condição do pensamento humano e por sua neutralidade absoluta, a dizer, porque em nada diferencia os seres ou situações, jamais pode ser tomado como o fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia. Já os fatos ou situações que nele transcorrem e por ele se demarcam, estes sim é que são e podem ser erigidos em fatores de discriminação, desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado, e a disparidade de tratamento que em função disto se adota.

... Isto posto, procede concluir: a lei não pode tomar tempo ou data como fator de discriminação entre as pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares, sem com isto pelejar à arca partida com o princípio da igualdade. O que se pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado.”

Vê-se, com clareza, que a simples exigência de dois anos de conclusão do bacharelado em Direito não tem cabida para averiguar, objetivamente, a capacidade do candidato para a disputa do certame público. Diferente seria a situação se a norma exigisse a comprovação de prática forense, o que não se verifica no caso em tela.

E ainda que fosse razoável a exigência ora combatida, tem-se que o tempo de bacharelado deveria ser contado não até a data da inscrição preliminar

para o concurso, mas até a data da posse no cargo disputado, pois é só aí que têm início as funções para cujo desempenho se exige a experiência presumivelmente obtida pelo decurso do tempo.

A lei complementar não conseguiu reproduzir fielmente o desiderato constitucional na disciplina dos concursos públicos para o cargo de membro do Ministério Público Federal. Exige a Constituição da República que o concurso seja público e restrito aos bacharéis em Direito por duas razões: primeira, pelo princípio da isonomia e da livre acessibilidade aos cargos públicos em geral, colhendo no seio da sociedade cidadãos aptos a atuar no serviço público; segunda, a função do Procurador da República, assim como a de Magistrado e a de Advogado, são privativas dos bacharéis em Direito, visto que estes receberam qualificação acadêmica para o exercício de atividades técnico-jurídicas.

O prazo mínimo requerido no art. 187 da Lei Complementar n. 75 não tem alcance prático algum, é irrazoável e sem correlação lógica com a finalidade de bem selecionar os futuros membros do Ministério Público da União, não passando de uma imotivada *quarentena*. Ademais, quem garante que, nesse interregno, todos os “aptos” a disputar o concurso estiveram se qualificando para tal? Em dois anos ou tantos quantos sejam os requeridos para se submeter a uma disputa, o candidato pode fazer coisas de quantidade vária e de qualidade imprevisível.

A desmascarar de uma vez por todas o despautério da exigência legal ora guerreada, tem-se que o próprio Ministério Público da União, por meio do Procurador-Geral da República, propôs ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 1040-9-DF) contra o dispositivo atacado neste trabalho. Naquela petição inicial, arrazoa o autor:

“O dispositivo impugnado (art. 187 da Lei Complementar n. 75) cria limitação ao livre exercício da atividade profissional, garantido no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, que não tem correlação com a prática profissional, contrariando ainda os arts. 5º, I, e 37, I, da Constituição Federal.

A respeito, assinala o expediente que acompanha a inicial:

‘Não se trata de exigência de *prática forense*, que seria razoável, mas de dilação de prazo carencial entre a formatura e a inscrição ao concurso, o

que poderá ser até nocivo, e não apenas inócuo, pois muitos o terão passado, sem o exercício da profissão, distanciando-se dos conhecimentos hauridos no bacharelado.

A inconstitucionalidade consiste, como já dito, na *irrazoabilidade* da exigência que se choca, como suficientemente demonstrado com os fins do concurso para o Ministério Público da União.’

A teor do disposto no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, as únicas limitações que o legislador pode estabelecer ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão são as pertinentes às qualificações profissionais. O tempo de bacharelado em Direito não constitui qualificação profissional para o exercício da advocacia ou das atribuições de cargos das carreiras jurídicas, de modo que a exigência é incompatível com a citada regra constitucional e ainda com o princípio da igualdade de acesso aos cargos públicos (CF, art. 5º, I, e 37, I).”

Não obstante ter sido denegada medida cautelar na supracitada ação direta de inconstitucionalidade, haja vista que naquele momento não estavam preenchidos os requisitos caracterizadores do *periculum in mora*, vale a pena transcrever o sucinto, porém valioso, voto do Min. *Francisco Rezek*:

“Nesse caso, a norma é exemplarmente desastrada, porque ela não diz aquilo que deveria dizer, e quer que o intérprete presuma em seu favor. Tudo que transparece aqui é um reclamo que nem sequer ostenta a plausibilidade mínima do requisito etário. O que se pede é um intervalo entre a graduação e a inscrição, e não se diz como esse tempo há de ter sido preenchido de modo útil ao futuro exercício da função pública. Peço vênias para, com este sumário argumento, acolher o pedido de liminar e provisoriamente desativar a norma.”

Sempre na mesma toada, as seguintes decisões de nosso tribunais:

“Constitucional – Concurso público – Procurador do Trabalho – Apresentação de diploma de bacharel em Direito – Expedição há dois anos. A necessidade de apresentação de diploma de bacharel em Direito, expedido há pelo menos dois anos, para a inscrição no concurso público de

procurador do trabalho, fere os arts. 3º, III, e 5º, XIII, da Constituição Federal.

Remessa oficial improvida.” (TRF da 5ª região, 1ª Turma, Remessa oficial n. 00552013, Rel. Juiz *Francisco Falcão*, DJ 21/6/96).

“Remessa *ex officio* – Concurso público – Inscrição – Exigência de diploma obtido há pelo menos dois anos – Inconstitucionalidade.

I – É inconstitucional a exigência de apresentação do diploma de bacharel em Direito, expedido há pelo menos 2 (dois) anos.

II – Tal exigência, imotivada, fere o princípio da isonomia.

III – Remessa *ex officio* improvida” (TRF da 3ª Região, 2ª Turma, Rel. Juiz *Célio Benevides*, DJ 21/8/96).

“Administrativo – Concurso público – Inscrição preliminar. Exigência de apresentação do diploma obtido há pelo menos dois anos – Incabimento. Independentemente da data em que foi obtida, a apresentação do diploma somente pode ser exigida para a investidura no cargo público, não para a inscrição no processo seletivo.

Remessa a que se nega provimento” (TRF da 5ª Região, 1ª Turma, Rel. Juiz *Castro Meira*, DJ 14/6/96).

6 CONCLUSÃO

A inconstitucionalidade é a situação de desconformidade da norma legal em face da norma constitucional, ou seja, a rebeldia da norma inferior (lei) ante a obrigatoriedade máxima da norma superior (Constituição), seja em conflito material (o conteúdo da lei vai de encontro ao conteúdo da Constituição), seja em conflito formal (os pressupostos ou os requisitos ou as condições constitucionais de elaboração do provimento legislativo não foram cumpridos).

Tem-se a inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca quando o conteúdo da lei é incompatível com o preceito da Constituição; é inconstitucionalidade formal ou extrínseca quando a forma de elaboração da lei não corresponde ao modelo processual previsto na Constituição.

O princípio da isonomia ou da igualdade significa, em um primeiro estágio, dispensar aos *iguais* tratamento uniforme e aos *desiguais*, tratamento diferenciado. Com efeito, salta aos olhos o fato de que os indivíduos carregam consigo caracteres que os tornam pares de alguns, mas que detêm igualmente características que os diferenciam de outros. Daí, em um segundo estágio, cabe ao legislador colher na realidade social elementos legítimos para a discriminação dos grupos de cidadãos que receberão tratamento diferenciado. Desse modo, pretende-se efetivar o primado da Justiça.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei

Em arremate, tempo, por si só, é elemento neutro, condição do pensamento humano e por sua neutralidade absoluta, a dizer, porque em nada diferencia os seres ou situações, jamais pode ser tomado como o fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia. Já os fatos ou situações que nele transcorrem e por ele se demarcam, estes, sim, é que são e podem ser erigidos em fatores de discriminação, desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado, e a disparidade de tratamento que em função disto se adota.

Dessa sorte, é dizer que o art. 185 da Lei Complementar n. 75 é inconstitucional por erigir o tempo fator próprio de discriminação, violando os sagrados cânones da isonomia e da razoabilidade do Direito.

7 BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. *Lei complementar na Constituição*. São Paulo: RT, 1971.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. Colligidos e ordenados por Homero Pires. Das disposições preliminares. São Paulo: Saraiva, 1932, v. I.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade – Aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NEVES, Marcelo Costa Pinto. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. O “pressuposto”, o “requisito” e a “condição” na teoria geral do direito e no direito público. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 21, n. 13, out. 1973.

O PODER JUDICIÁRIO FEDERAL NA REPÚBLICA DA ARGENTINA APÓS A REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Márcio Luís de Oliveira*

“La reforma constitucional de 1994, en lo que atañe al Poder Judicial, ha sido justificada [...] en la necesidad de lograr [...] la recuperación de la confianza pública en su sistema institucional.”

María Jeanneret de Pérez Cortés.

Sumário

1. Introdução. 2. O Poder Judiciário Federal. 3. A Corte Suprema de Justiça. 3.1. Competências da Corte Suprema de Justiça. 4. A Justiça Federal de Primeira e de Segunda Instâncias. 5. Os Tribunais Administrativos. 6. O Conselho da Magistratura. 7. Os direitos e os impedimentos dos magistrados. 8. Considerações finais. 9. Bibliografia.

* Mestrando em Direito, Professor Substituto de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da UFMG, Assessor Judiciário do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.