

EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*

“If judicial review were nonexistent for popularly frustrated minorities, the fight, already lost in the legislative halls, would have only one remaining battleground – the streets. Apart from some radical change in our political ethos that would render consideration by the Court unnecessary, the alternatives to judicial review for individual constitutional rights are either disobedience of the law or discontented acceptance. Both options – violence and decadence – are antithetical to basic democratic precepts.”

Jesse H. Choper, in *Judicial Review and the National Political Process*, The University of Chicago Press, 1980, p. 128.

1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1.1 RELEVÂNCIA DO TEMA



É tema de fundamental importância o do controle de constitucionalidade de leis e, em especial, o do controle por meio de ação declaratória de inconstitucionalidade de lei em tese, instituto processual constitucional introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional nº 16 à Carta Federal de 1946.

A finalidade desse controle é proteger a Constituição e, conseqüentemente, os cidadãos a ela sujeitos dos abusos que ela possa vir a sofrer por ação ou omissão do Executivo, do Legislativo ou mesmo do próprio Poder Judiciário, fixando-lhe o seu sentido e o seu alcance, pois, ocorrendo discrepância irreconciliável entre a Constituição e a lei, compete ao Poder

* Desembargador Federal do TRF da 4ª Região, Diretor da Escola da Magistratura (Emagis) do TRF4.

Judiciário fazer prevalecer a primeira.

A lei constitucional limita-se, no dizer de Seabra Fagundes, “essencialmente, a constituir o arcabouço da organização política, instituindo os poderes públicos, definindo-lhes a competência e fixando os direitos e as obrigações do indivíduo”.¹

Diz o mesmo autor que “a rigidez constitucional permite solidificar contra as flutuações da lei ordinária certos preceitos aos quais convém maior estabilidade”.² Coulanges, na sua obra clássica sobre a Cidade Antiga, observa o caráter imutável das leis na antiguidade, devido à sua suposta origem divina:

*En principio, la ley era inmutable, puesto que era divina. Conviene observar que nunca se derogan las leyes. Podían dictarse otras nuevas, pero las antiguas subsistían siempre, aunque hubiese contradicción entre ellas.*³

Por outro lado, não é nesse sentido que deve ser a lei imutável, mas sim naquele expresso pelo ex-Ministro da Suprema Corte Argentina Julio Oyanarte:

*La Constitución no es una ley suspendible en sus efectos o revocable según las conveniencias públicas del momento... Es el palladium de la libertad... Es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser objeto primordial de las leyes y condición esencial de los fallos de la justicia federal.*⁴

O Professor Vicente Ráo distingue dois fenômenos jurídicos: os princípios da constitucionalidade e da legalidade. Diz o consagrado Mestre:

O princípio de constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais, às disposições formais ou substanciais da Constituição; o princípio da legalidade re-

¹ FAGUNDES, Seabra. *O controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 15.

² Op. cit., p. 16.

³ COULANGES, Fustel de. *La ciudad antigua*. Madrid: Daniel Jorro, 1931. p. 273.

⁴ OYANARTE, Julio. La interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Derecho Público*, v. 2, p. 9.

clama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis e, também, a subordinação, nos termos acima indicados, das leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras.⁵

Com efeito, o princípio da rigidez constitucional destina-se a impedir a edição de normas jurídicas que afrontem a Constituição. Tal princípio está consubstanciado em uma das mais importantes funções do Poder Judiciário: a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

1.2 OUTRAS CONSIDERAÇÕES

De grande valia para se compreender o mecanismo do controle de constitucionalidade é o princípio da hierarquia de leis, ou seja, a norma inferior cede diante da superior, no sentido de que a ela tem de amoldar-se.

Na lição de Kelsen:

Entre uma norma de escalão superior e uma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode haver qualquer conflito, pois a norma de escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Se uma norma de escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma de escalão superior.⁶

Idêntico é o magistério de Marshall, esposado no famoso caso *Marbury v. Madison*:

Entre estas alternativas, não há meio-termo. A Constituição é um chefe superior, do direito, imutável por meios ordinários, ou estará em um mesmo nível com as leis ordinárias e, como as outras, poderá ser alterada quando o Legislativo quiser. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então a lei legislativa contrária à Constituição não é Direito; se a última parte é certa, então as Constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder, por sua natureza

⁵ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I. p. 347.

⁶ *In Théorie pure du Droit*. Traduzido por C. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962. p. 278. Nesse sentido, também, GAVAZZI, Giacomo. *Elementi di Teoria del Diritto*. Torino: G. Giappichelli. p. 41 e 100.

ilimitado.⁷

Seguindo no mesmo caminho, José Afonso da Silva expõe:

Da rigidez deflui, como principal consequência, o princípio da Supremacia da Constituição, que, no dizer de Pinto Ferreira, é um princípio basilar do direito constitucional moderno. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico de um país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos. É nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará a sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁸

Duas são as espécies de ofensa à Constituição: ela é direta quando viola a letra da Constituição e indireta quando ofende o seu espírito ou a sua organização. É este o magistério de Alfredo Buzaid:

Todos os poderes derivam da Constituição. Os atos e as leis são legítimos, desde que feitos nos limites dos poderes constitucionais. Sob esse aspecto, diz-se inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição. A ofensa resulta da simples irreconciliabilidade com a Constituição; ela é direta, quando viola o direito expresso; e indireta, quando a lei é incompatível com o espírito ou o sistema da Constituição.⁹

No mesmo sentido, o ensinamento de Lúcio Bittencourt:

Há mister, para se afirmar a inconstitucionalidade, que ocorra conflito com alguma norma ou algum mandamento da Consti-

⁷ SWISHER, Carl B. *Historic decisions of the Supreme Court*. 2. ed. Van Nostrand Reinhold Co., 1969. p. 9.

⁸ SILVA, J. Afonso da. Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. In: *Ação direta de controle de constitucionalidade de leis municipais, em tese*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 1979. p. 80.

⁹ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 46. No direito alemão, confira-se a obra de Konrad Hesse, in *Die Normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1959. p. 14-5 e 24.

tuição, embora se considere para esse fim não apenas a letra do texto, mas também, ou mesmo preponderantemente, o ‘espírito’ do dispositivo invocado.¹⁰

Ante o que foi exposto, passaremos a analisar o que vem a ser a inconstitucionalidade de uma lei e as suas espécies no conceito dos grandes publicistas nacionais e estrangeiros.

O Professor Buzaid, na sua clássica monografia *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, arrola uma série de conceitos de eméritos constitucionalistas:

Duguit ensina: “Qualificarei inconstitucional toda lei contrária a um princípio superior do direito inscrito ou não em uma lei superior à ordinária. Em uma palavra: tomo a expressão lei inconstitucional como sinônimo de lei contrária ao direito superior escrito ou não”.

Segundo Dicey, a expressão “lei inconstitucional”, considerada do ponto de vista do direito norte-americano, significa simplesmente que o ato ultrapassa os poderes do Congresso e, em consequência, é nulo. Lúcio Bittencourt observa que “inconstitucional” é a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição. Para Barthélemy-Duez, a inconstitucionalidade representa, sob certo aspecto, uma variedade mais grave de ilegalidade.¹¹

Rui Barbosa, com a sua autoridade de Mestre no Direito Constitucional, diz nos *Atos inconstitucionais*: “Toda medida, legislativa ou executiva, que desprezitar preceitos constitucionais é, de sua essência, nula”.¹²

Cooley, consagrado constitucionalista norte-americano, assim se manifestou sobre a matéria:

(...) uma disposição inconstitucional forçosamente decairá quando como tal for reconhecida pelos tribunais a cujo exame for submetida. Semelhante disposição rigorosamente não é uma lei, porque não estabelece regra alguma; é meramente

¹⁰ BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade de leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 57 e 58.

¹¹ BUZAID, A. Op. cit., p. 43 e 44.

¹² BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. p. 47.

uma fútil tentativa para estabelecer uma lei.¹³

De maneira geral, a doutrina divide em duas as espécies de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade formal e a material.

Castro Nunes assim as define:

(...) a inconstitucionalidade pode estar no conteúdo da lei, na violação das regras de competência ou na transgressão de normas contidas na Constituição (inconstitucionalidade material); como pode estar, unicamente, na inobservância das formas prescritas para a elaboração e a obrigatoriedade das leis (inconstitucionalidade formal).¹⁴

Assim, uma vez examinados o conceito e as espécies de inconstitucionalidade, convém analisar o que é controle de constitucionalidade e quais são as suas modalidades. A Constituição brasileira, bem como a sua doutrina, adotou duas formas distintas de controle jurisdicional da validade de leis e atos normativos, as quais nossos doutrinadores denominam, adotando a terminologia de Calamandrei, de método difuso e método concentrado.

No *método difuso*, o objeto da lide não é a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo; a apreciação da inconstitucionalidade é uma prejudicial para compor a lide, ou seja, a ação tem por objeto a restauração de um direito lesado pela lei ou pelo ato eivado de vício de inconstitucionalidade ou, também, visa a impedir que a lei enferma consuma a lesão. Trata-se, pois, de questão incidental – *incidenter tantum* –, no sentido de que a ação não visa ao vício de validade da norma, mas tem outro objeto.

Portanto, são características do método difuso, também conhecido como via de exceção: I) qualquer órgão jurisdicional pode conhecer e decidir a questão da inconstitucionalidade; II) trata-se da via de exceção, ou seja, a arguição da inconstitucio-

¹³ COOLEY, Thomas. *The general principles of constitutional law*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1891. p. 23.

¹⁴ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 582.

nalidade se dá no curso de uma demanda judicial comum; III) o objeto da ação não é o vício de inconstitucionalidade em si, mas a busca de uma reparação de um direito lesado ou o impedimento de que essa lesão se consume; IV) a decisão judicial faz coisa julgada entre as partes; V) o efeito da decisão judicial é *ex tunc*.

O *método concentrado*, que consagra a via de ação direta, tem por fim o próprio vício de inconstitucionalidade da lei, isto é, o Poder Judiciário apreciará a lei em tese, desvinculada do caso concreto. É a ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese.

O controle por via de ação direta, que examina a lei em tese, foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional nº 16 à CF/1946 e mantido pela atual Constituição. O Professor Alfredo Buzaid¹⁵ faz a distinção entre inconstitucionalidade e ilegalidade. Segundo o saudoso Mestre, há inconstitucionalidade quando se verifica um conflito entre a lei e a Constituição, e há ilegalidade quando uma lei inferior colide com uma lei superior, ocorrendo, então, que a lei mais fraca cede diante da mais forte.

2 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

2.1 INFLUÊNCIA DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Segundo a maioria dos estudiosos do direito constitucional, o controle de constitucionalidade de leis é uma criação da jurisprudência norte-americana.

O Professor Alfredo Buzaid, em alentado estudo, diz:

A ideia de atribuir ao Judiciário a competência para negar aplicação às leis consideradas inconstitucionais é, segundo a doutrina dominante, uma criação original do direito público

¹⁵ BUZAIID, Alfredo. Op. cit., p. 45.

norte-americano.¹⁶

Há autores, entretanto, e o Ministro Buzaid é um deles, que já constataam o surgimento de um mecanismo de controle de constitucionalidade de leis no direito inglês, por ocasião da Revolução Puritana. É dessa época a doutrina Coke:

Já outros remontam a origem da ideia aos tempos da Revolução Puritana, feita na Inglaterra, ou, melhor, aos arts. 24 e 38 do *Instrument of Government* e à conhecida doutrina de E. Coke. O *Instrument of Government*, tido como primeiro e único documento constitucional da Inglaterra, preceitua no art. 38: “Todas as leis, estatutos, ordenanças ou cláusulas, em qualquer lei, estatuto ou ordenança, em contrário à liberdade de consciência, serão nulos e írritos”. A doutrina de Coke manifestava uma oposição às tendências expansionistas de Jaime I. Coke sustentou com vigor que o juiz pode declarar nula uma lei, ou porque seja contra a razão e o direito natural, ou porque usurpe prerrogativas reais.¹⁷

Rui Barbosa, na sua clássica obra *Atos inconstitucionais*, aponta a magnitude desse instituto criado pelo direito público norte-americano:

(...) a democracia americana não se contenta de premunir-se contra seus representantes: premune-se contra si mesma; abriga o povo contra as legislaturas infieis; abriga as nações contra as maiorias populares.¹⁸

Para Rui, "os organizadores da Constituição executada por Washington e Marshall compreenderam que, assim como acima da função legislativa está a soberania popular, acima da

¹⁶ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 15. Nesse sentido, também, confirmam-se as obras de Robert Jackson, *The struggle for judicial supremacy*. New York: Vintage Books, 1941. p. 24; e *Public papers of Charles Hughes, Governor (1908-10)*. Albany: J.B. Lyon, 1910. p. 6-7.

¹⁷ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 15. Nesse sentido, ainda, a obra de Lawrence Stone, in *The causes of English Revolution: 1529-1642*. London: Ark Paperbacks, 1986. p. 116-7. Ademais, é importante referir a clássica monografia de Brinton Coxe, in *An essay on judicial power and unconstitutional legislation*. Philadelphia: Kay and Brother, 1893. p. 178 e seguintes. Da mesma forma, Learned Hand, in *The Bill of Rights*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1977. p. 9 e seguintes.

¹⁸ BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. p. 34.

soberania popular estão os direitos da liberdade. 'Ser soberano, sem ser déspota' era o problema".¹⁹

Segundo o Ministro Cândido Mota Fº, a segurança do próprio federalismo norte-americano estaria assegurada pela supremacia judiciária assegurada à Constituição. Esse autor traz a lição de Schmitt, em que este considera que "os tribunais americanos constituem verdadeira exceção na história constitucional, defendem princípios gerais e se erigem em protetores e defensores da ordem social e econômica".²⁰

O caso *Marbury v. Madison*, julgado por Marshall, constitui um marco na história do direito constitucional, em especial no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis. Antes dele, já havia uma tradição de subordinação de todas as normas legislativas à Constituição. "Foi, porém, em 1803, quando se verificou a decisão de Marshall no caso *Marbury v. Madison*, ainda hoje considerado o padrão nos julgamentos de inconstitucionalidade, que o princípio se firmou."²¹

Esse caso consistiu no seguinte: no fim do governo do Presidente Adams, William Marbury foi por aquele nomeado para o cargo de Juiz de Paz no Distrito de Colúmbia, nomeação essa que o Senado confirmou. O ato foi firmado pelo Presidente com todas as formalidades legais. No governo de Jefferson, Marbury apelou para o Secretário de Estado, Madison, para que efetivasse aquela nomeação com investidura e posse. Jefferson, no entanto, determinou que se retivesse a nomeação de Marbury. Foi então que este requereu à Suprema Corte a expedição de um *mandamus* contra Madison para assumir o cargo. Esses foram, em linhas gerais, os fatos que antecederam aquele histórico julgamento. Agora, convém reproduzir as partes mais importantes da memorável decisão de Marshall:

¹⁹ BARBOSA, Rui. Op. cit., p. 36.

²⁰ MOTA Fº, C. A evolução do controle de constitucionalidade de leis no Brasil. *Revista Forense*, v. 86, p. 274.

²¹ CAVALCANTI, T.B. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 51.

Não há meio-termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições são tentativas absurdas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo governo organizado por uma constituição escrita deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível.

Essa teoria adere essencialmente às constituições literais e deve conseqüentemente ser tida e havida por esse tribunal como um dos principais fundamentos da nossa sociedade. Não se deve, portanto, perdê-la de vista no ulterior exame desta causa.

Se nula é resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos? Ou, por outros termos, posto que lei não seja, deverá constituir uma regra tão efetiva como se fosse lei? Fora subverter o fato o que ficou estabelecido em teoria e pareceria, à primeira vista, absurdo bastante crasso para ser defendido. Contudo, terá mais acurado exame.

Enfaticamente é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual dessas regras em conflito regerá o caso. Essa é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e

observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. Aqueles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante ficam reduzidos à necessidade de sustentar que os juízes e os tribunais devem fechar os olhos para a Constituição e só fitá-los na lei.²²

O Professor Celso Bastos faz um resumo dos pontos capitais da doutrina de John Marshall:

(...) sendo a lei inconstitucional nula, a ninguém obriga, e muito menos vincula o Poder Judiciário à sua aplicação; por outro lado, diante de um conflito entre lei ordinária e a Constituição, ao Poder Judiciário incumbe inelutavelmente preferir uma em desfavor de outra. Diante de tal dilema, esposa a teoria que inevitavelmente deve ser dada à Lei Constitucional, que é superior a qualquer outro ato praticado sob sua vigência.²³

No mesmo sentido pronunciou-se o então Ministro da Justiça Campos Salles, ao fazer a exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que instituiu a Justiça Federal no Brasil:

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e, neste último caso, cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação, venha a colocar-se na absurda condição de juiz em sua própria causa.²⁴

São unânimes os estudiosos do direito público brasileiro em afirmar que não havia um controle de constitucionalidade de leis no Brasil sob a vigência da Constituição Imperial de 1824,

visto que outorgou ao Poder Legislativo um amplo predomí-

²² MARSHALL, John. *Complete constitutional decisions*. Chicago: Callaghan, 1903. p. 32-4.

²³ BASTOS, Celso. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, v. 22, p. 88.

²⁴ SALLES, Campos. Decretos do Governo Provisório. p. 2.738.

nio no campo das tarefas relacionadas com o ordenamento jurídico, porquanto a ele incumbia fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las e, ainda, velar pela guarda da Constituição, consoante preceitos contidos nos itens VIII e IX do art. 15.²⁵

Portanto, só se pode falar em controle de constitucionalidade de leis por ocasião da proclamação da República e, conseqüentemente, do surgimento da Constituição de 1891, graças à valiosa contribuição de Rui Barbosa, que consagrou o controle de constitucionalidade de lei por via de exceção, inspirado no direito constitucional norte-americano.

No entanto, conforme relata Anhaia de Mello,

de Pedro II, que teria recomendado a Salvador de Mendonça em maio de 1889, na presença do Cons. Lafayette, o estudo nos Estados Unidos, da organização da Corte Suprema, que lhe parecia o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana e cuja adoção no Brasil poderia substituir o Poder Moderador, na crise já antevista.²⁶

A Constituição Provisória de 1890, no seu art. 58, § 1º, *a* e *b*, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, admitiu a possibilidade de ser examinada a constitucionalidade de leis e atos do poder público. No mesmo ano, o Decreto 848, que instituiu e organizou a Magistratura Federal no Brasil, fixou importantes princípios na matéria em questão.

O art. 3º do mencionado decreto estabelecia que, "na guarda e na aplicação da Constituição e das leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte". Consagrou, portanto, o controle por via de exceção. Outra importante inovação desse decreto refere-se ao seu art. 9º, que, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, dispôs, no § 1º, *a* e *b*, de forma igual à Constituição Provisória.

²⁵ PATTERSON, Min. Willian A. Controle da constitucionalidade das leis. *Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 8, n. 20, 1978, p. 61.

²⁶ MELLO, Anhaia de. Controle da constitucionalidade das leis. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 20. p. 255.

Na exposição de motivos, o então Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, ao referir-se à Magistratura Federal, disse:

A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um elemento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica.²⁷

A Constituição de 1891 reproduziu no art. 59, § 1º, *a* e *b*, as ideias da Constituição Provisória de 1890. Com a Revolução de 1930, foi suprimida a Constituição de 1891 e, em 1934, adveio uma nova Constituição. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade de leis, essa Constituição trouxe três inovações: 1ª) manteve no seu art. 76, III, *b* e *c*, as disposições da Constituição anterior, mas determinou, no seu art. 179, que a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais só poderia ser feita pela maioria da totalidade de seus membros; 2ª) no art. 91, nº IV, atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Essa inovação acabou, no dizer do Professor Celso A. Barbi, por "dar efeitos *erga omnes* a uma decisão proferida apenas *inter partes*. Politicamente, a fórmula encontrada era hábil porque deixava de violar o princípio da independência dos poderes, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo"; 3ª) no caso de intervenção federal, segundo o art. 12, § 2º, dependeria de manifestação do Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador-Geral da República, e de haver o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade da lei estadual que justificara a intervenção; o Professor Celso Barbi observa, com propriedade, que essa hipótese não chega a configurar-se em um controle de constitucionalidade por via de ação direta e também difere do controle por exceção, *verbis*:

²⁷ SALLES, Campos. Op. cit., p. 2.738.

Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns.²⁸

Com o golpe de Estado de 1937 e, conseqüentemente, a implantação do Estado Novo, surge a Carta de 1937, que significou um retrocesso em matéria de controle de constitucionalidade de leis. No art. 101, III, *b* e *c*, foram mantidos os princípios vigorantes na Constituição de 1891 e a exigência, para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, de maioria da totalidade de seus membros (art. 96). No entanto, o parágrafo único do art. 96 introduziu a regra segundo a qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se esse confirmasse pelo voto de dois terços de seus membros em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Portanto, tratava-se de um nítido retrocesso, não só em matéria de controle de constitucionalidade de leis, como também em uma das mais importantes atribuições do Poder Judiciário.

A Constituição de 1946 restabeleceu as inovações da Constituição de 1934, no tocante ao controle de constitucionalidade de leis, mas trouxe uma importante inovação: o parágrafo único do art. 8º da Constituição dizia que, no caso de ocorrer a intervenção baseada no inciso VII do art. 7º, a decretação da intervenção ficava condicionada à prévia declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal, provo-

²⁸ BARBI, C.A. Evolução do controle da constitucionalidade. *Revista de Direito Público*, v. 4, 1968, p. 38.

cado pelo Procurador-Geral da República. Era a introdução, no sistema constitucional brasileiro, do controle de constitucionalidade por meio de ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

A ação direta, prevista na Constituição de 1946, não tinha a amplitude que tem hoje, pois, no dizer do Ministro Themistocles Cavalcanti, estava condicionada a dois princípios fundamentais: "a) os atos ali mencionados devem ser de poderes e autoridades estaduais; b) tenham atingido algum dos princípios enumerados no art. 7º, VII, da Constituição Federal".²⁹

Segundo o Ministro Buzaid, "a função do Supremo Tribunal Federal não é decidir a inconstitucionalidade em tese, mas sim julgar um ato em hipótese, oriundo de uma situação, que pode autorizar a intervenção federal". A ação direta em tese só veio a surgir com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965.³⁰

O Ministro Themistocles Cavalcanti, na sua obra sobre o *Controle da constitucionalidade*, faz a distinção entre a "ideia embrionária" de ação direta na Constituição de 34 e a ação direta na Constituição de 1946:

A Constituição de 1934, depois de enumerar esses princípios (art. 7º), atribuía ao Congresso competência para decretar a intervenção quando verificasse a sua violação pelos Estados. Dava ao Procurador-Geral da República, porém, competência para submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal não o ato estadual, mas a lei federal de intervenção, cuja constitucionalidade deveria ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Se não se pode contestar de um modo absoluto que a Constituição de 1934 houvesse criado a arguição direta, por outro lado, a hipótese se apresentava com possibilidades muito longínquas de aplicação efetiva e como última etapa de um longo processo de intervenção, cuja eficácia política teria largas oportunidades de se diluir no tempo.

²⁹ CAVALCANTI, T.B. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 136.

³⁰ BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 111.

Ainda mais, o que estaria em julgamento não seria o ato do governo estadual em face da Constituição, mas a legitimidade da intervenção decretada pelo Congresso, em face da mesma Constituição. O que se procurou corrigir foi o excesso do poder federal, e não o ato do governo estadual, tendo-se em vista a enumeração constitucional dos princípios feita na própria Constituição.

Não há negar, porém, que se tratava de arguição direta.³¹

Celso Bastos, na sua obra *Elementos de Direito Constitucional*, Saraiva, 1975, p. 38-9, assinala, *verbis*:

A introdução pela emenda nº 16, no seu art. 2º, dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, daquela de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desvinculou o exercício da via de ação de certos pressupostos que o restringiram anteriormente.

Já agora, qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconveniente, torna-se então possível.

A Constituição de 1967 reproduziu todos os artigos da Carta de 1946 e da Emenda Constitucional nº 16/65, no que concerne ao controle da constitucionalidade de lei. No art. 114, I, *l*, está prevista a ação direta. A Emenda nº 1, de 1969, não inovou nessa matéria, limitando-se a reproduzir as normas que disciplinavam a matéria na Constituição de 1967. No entanto, a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, a chamada "Reforma do Poder Judiciário", trouxe uma inovação ao acrescentar a alínea *p* ao inciso I do art. 119 da Constituição Federal: a concessão de medida cautelar na ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o alcance do controle concentrado de constitucionalidade (arts. 102 e 103 da

³¹ Op. cit., p. 102-103.

CF/88).

Em precioso estudo, assinala Albert Bourgi, *verbis*:

Les Constitutions sont désormais perçues pour ce qu'elles sont, pour ce qu'elles auraient toujours dû être: le fondement de toute activité étatique. C'est à partir des nouvelles règles qu'elles sont venues poser, et des compétences qu'elles ont fixées, que la vie politique s'ordonne et que les différents scrutins sont organisés. Cette réalité tranche avec la désinvolture que les dirigeants affichaient jusque là à l'égard des textes considérés au mieux comme des concessions faites au discours sur la légalité constitutionnelle attendu par les bailleurs de fonds internationaux, au pire comme de simples faire valoir juridiques.

Dans un contexte de "juridicisation des débats politiques", l'affirmation constitutionnelle des droits et libertés des citoyens prend un autre relief. Au-delà de la charge symbolique de telle ou telle disposition constitutionnelle (comme par exemple celle qui reconnaît "le droit de désobéissance et de résistance des citoyens à l'égard d'une autorité illégitime issue d'un coup d'État"), les articles relatifs à la protection des Droits de l'homme, comme ceux concernant les mécanismes prévus pour en assurer le respect, participent de la confiance désormais placée dans la norme juridique.³²

Feita essa introdução, impõe-se o exame da competência do Judiciário na ordem constitucional vigente.

Cabe, pois, ao Poder Judiciário, em missão que lhe confere o Constituinte, o exame da alegada violação ao texto da Carta Magna, ou seja, se o legislador observou os princípios insculpidos no art. 37 da CF/88.

A respeito, leciona Bernard Schwartz, *in Commentary on the Constitution of the United States: the rights of property*. New York: Macmillan, 1965. p. 2-3, *verbis*:

The Constitution has been construed as a living instrument intended to vest in the nation whatever authority may be appropriate to meet the exigencies of almost two centuries of existence.

³² L'évolution du Constitutionnalisme: du formalisme à l'effectivité. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 52/725-6.

To regard the Constitution solely as a grant of governmental authority is, nevertheless, to obtain but a partial and distorted view. Just as important is its function as a limitation upon such authority. As already emphasized in section I, the American conception of a constitution is one which is not confined to viewing such instrument as a charter from which government derives the powers which enable it to function effectively. Instead, with us, the organic document is one under which governmental powers are both conferred and circumscribed. The Constitution is thus more than a framework of government; it establishes and guarantees rights which it places beyond political abridgment. In this country, written constitutions were deemed essential to protect the rights and liberties of the people against the encroachments of governmental power.

Da mesma forma, impõe-se recordar a velha mas sempre nova lição de John Randolph Tucker, em seu clássico comentário à Constituição norte-americana, *verbis*:

*All acts of every department of government, within the constitutional bounds of powers, are valid; all beyond bounds are "irritum et insane" – null and void. Government, therefore, has no inherent authority, but only such as is delegated to it by its sovereign principal. Government may transcend the limits of this authority, but its act is none the less void. It cannot, by usurpation, jurally enlarge its powers, nor by construction stretch them beyond the prescribed limits.*³³

Outro não é o ensinamento de Daniel Webster, *verbis*:

*The Constitution, again, is founded on compromise, and the most perfect and absolute good faith, in regard to every stipulation of this kind contained in it is indispensable to its preservation. Every attempt to grasp that which is regarded as an immediate good, in violation of these stipulations, is full of danger to the whole Constitution.*³⁴

No regime do Estado de Direito, não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da Administração Pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente

³³ *In The Constitution of the United States*. Chicago: Callaghan, 1899. p. 66-7. § 54.

³⁴ *In The works of Daniel Webster*. Boston: Little, Brown and Company, 1853. v. I. p. 331.

te, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta.

Por conseguinte, somente a lei pode condicionar a conduta do cidadão frente ao poder do Estado, sendo nulo todo ato da autoridade administrativa contrário ou extravasante à lei, e como tal deve ser declarado pelo Poder Judiciário quando lesivo ao direito individual.

Nesse sentido, também, a lição de Charles Debbasch e Marcel Pinet, *verbis*:

*L'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution.*³⁵

Trata-se, pois, de caso típico de exame da legalidade da ação da Administração pelo Poder Judiciário.

Vale a pena reproduzir uma decisão do Juiz Warren, quando presidia a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao salientar a importância dessa prerrogativa da mais alta Corte daquele país:

Todos temos consciência da gravidade do ataque inevitavelmente desfechado toda vez que impugnamos a constitucionalidade de um ato do Legislativo... Mas um juramento nos obriga a defender a Constituição. O Judiciário tem o dever de zelar pelas garantias constitucionais que protegem os direitos dos cidadãos... Os dispositivos da Constituição não são adágios que o tempo desgasta, ou fórmulas vazias que se repetem sem se compreender. São princípios vitais, fórmulas vivas, que autorizam e limitam os poderes do Governo em nossa Nação. São as regras mesmas desse Governo. Se a constitucionalidade de um ato do Congresso é contestada nesta Corte, cumpre-nos aplicar essas regras... Se não o fizermos, as palavras da Constituição se tornarão apenas bons conselhos. É preciso agir com cautela, conforme o conselho de nossos antecessores. Mas é preciso agir. Não podemos fugir à ingrata

³⁵ In Les grands textes administratifs. Paris: Sirey, 1970. p. 376.

responsabilidade de julgar...³⁶

Em consequência, o Supremo, por meio de seus ministros, quando decide sobre matéria constitucional, está decidindo sobre matéria política. Nesse sentido, é oportuno lembrar trechos do discurso proferido pelo saudoso Francisco Campos por ocasião da reabertura das atividades do Supremo Tribunal Federal, em 1937, oportunidade em que exercia a função de Ministro da Justiça do Governo de Getúlio Vargas:

Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do governo. Sois o juiz dos limites do poder do governo, e, decidindo sobre o seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. O poder de limitar envolve, evidentemente, o de reduzir ou o de anular... Juiz das atribuições dos demais poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos... O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la...³⁷

Cândido Mota Fº, em artigo publicado na Revista Forense, refere a lição de João Mendes, nestes termos:

Pois João Mendes não chama o Poder Judiciário, “o mais elevado poder político”? Para ele, o indivíduo, quando provoca o Poder Judiciário, quer na jurisdição federal, quer na jurisdição estadual, invoca a Nação.³⁸

Idêntica a posição de Castro Nunes: "A interpretação constitucional é, como sabeis, eminentemente política. Política nas suas inspirações superiores e na sua repercussão".³⁹

Concluindo, o Supremo, ao decidir a constitucionalidade

³⁶ Voto mencionado na introdução da edição brasileira de BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 18.

³⁷ In *Revista Forense*, v. 86, p. 695-696.

³⁸ MOTA Fº, Cândido. A evolução do controle de constitucionalidade de leis no Brasil. *Revista Forense*, v. 86, p. 279.

³⁹ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 597.

de de uma lei, está exercendo uma das mais relevantes de suas prerrogativas, pois, nesse momento, está acima dos demais poderes que constituem a República e garantindo contra esses mesmos poderes, inclusive o Judiciário, a supremacia da Constituição. Tão relevante é essa prerrogativa do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal, que certos doutrinadores norte-americanos a qualificaram de um verdadeiro "veto judicial".

No que concerne ao procedimento da arguição de inconstitucionalidade, consoante dispõe o art. 97 da CF/88, 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.

Essa norma, no Brasil, tem origem na Constituição de 1934 (art. 179), sendo, posteriormente, repetida nas Constituições de 1937 (art. 96), de 1946 (art. 200), de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 116), e na vigente, de 1988, em seu art. 97.

O procedimento estabelecido na Constituição, que diz com o modo de julgamento do incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, adveio do direito norte-americano, no qual se conferiu ao juiz de primeira instância o poder de declarar a inconstitucionalidade, exigindo-se, porém, por meio de construção da doutrina e da jurisprudência, no julgamento pelos tribunais, a presença da totalidade de seus membros, de modo a evitar que, em questão de tal gravidade, e mesmo em homenagem ao princípio da separação e da harmonia dos Poderes, tão caro à democracia daquele País, fosse reconhecida a incompatibilidade de uma lei com a Constituição pela maioria simples ou ocasional.

Nesse sentido, o depoimento de Nerincz, em seu estudo clássico acerca da organização judiciária americana, quando noticia que,

tratando-se de apreciar a constitucionalidade de uma lei fede-

ral, a Corte Suprema estabeleceu que se não invalidasse a lei senão pela maioria do número completo dos juizes reunidos *in a full bench* e somente quando a oposição entre a Constituição e a lei era tal que o magistrado devia convencer-se da sua inconstitucionalidade.⁴⁰

Nesse sentido, também, a lição de Cooley, *verbis*:

*In view of the considerations which have been suggested, the rule which is adopted by some courts, that they will not decide a legislative act to be unconstitutional by a majority of a bare quorum of the judges only, – less than a majority of all – but will instead postpone the argument until the bench is full, seems a very prudent and proper precaution to be observed before entering upon questions so delicate and so important.*⁴¹

A Suprema Corte – relata Willoughby – assentou que a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria do tribunal pleno.

É o seu magistério, *verbis*: "(...) *the court has made it a rule not to render a decision invalidating a legislative act, unless it be concurred in by a majority, not of judges sitting, as is the usual rule, but of the entire bench*".⁴²

Revelando a observância desses princípios pelos diversos Estados da Federação Americana, noticia-nos John Mabry Mathews, *verbis*:

(...) it has happened, in an appreciable number of cases, that legislative acts are declared unconstitutional by a bare majority of the court. The fact that there is a large dissenting minority would seem to cast some doubt upon the invalidity of the act. (...) In order to check this tendency, some states have adopted express constitutional limitations designed to curb the unrestricted power of the courts to declare legislative acts unconstitutional. Thus, in Ohio and North Dakota, having seven and five judges can be declared unconstitutional only by the concurrence of six and four judges, respectively. (...) In

⁴⁰ *In L'organisation judiciaire aux États-Unis*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1909. p. 45-6.

⁴¹ *In Constitutional limitations*. 7. ed. Boston: 1903. p. 203, I.

⁴² WILLOUGHBY, Westel W. *The Supreme Court of the United States*. Baltimore: The Hopkins Press, 1890. p. 39.

*states where the supreme courts may meet in separate divisions for the decision of ordinary cases, it is usually the rule that cases involving the constitutionality of laws can only be decided by a majority of the full bench.*⁴³

Diverso não é o sistema que prevalece no direito constitucional europeu.

Ao comentar o procedimento de julgamento perante a Corte Constitucional da Itália, anota Enrico Redenti, *verbis*:

*Non c'è un numero fisso di giudici per la composizione del collegio decidente (o [...] delibante), come c'è per gli uffici giudicanti della magistratura ordinária, ma c'è un numero minimo (almeno undici, compreso il presidente o il suo ff.: art. 16 della legge ord. 11 marzo 53). Non pare sia ammessa se non de facto la astensione; esclusa la ricasazione (art. 16 delle norme integrative). L'assenza dovrebbe esser giustificata. Possono concorrere alle deliberazione solo i giudice che siano stati presenti a tutte le udienze. In caso di parità di voti prevale quello del presidente.*⁴⁴

Ou seja, consoante observa Redenti, não há número fixo de juízes para a composição do colégio julgador, como ocorre para a função judicial da magistratura ordinária. Entretanto, exige-se um número mínimo de pelo menos onze, inclusive o Presidente. Não parece ser admitida senão de fato a abstenção, estando excluída a recusa. A ausência deve ser justificada. Podem concorrer às decisões somente os juízes que estiverem presentes a todas as audiências. Em caso de paridade de voto, prevalece o do Presidente.

Não é diverso o magistério de Franco Pierandrei (Corte Costituzionale, *in Enciclopedia del Diritto*, v. X, p. 960).

Da mesma forma, de maneira semelhante ao direito italiano, dispõe o direito constitucional alemão, nos termos do magistério autorizado de Ernest Friesenhahn, *verbis*:

Le decisioni sono pronunciate in linea di principio dalla

⁴³ *In American State Government*. New York: D. Appleton and Company, 1931. p. 487-8.

⁴⁴ *In Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957. p. 70. n. 49.

maggioranza dei giudici che vi hanno preso parte. Nel caso di eguaglianza dei voti non è attribuito un voto preponderante al presidente. Da ciò si ricava che in caso di eguaglianza dei voti deve essere respinta la domanda proposta. In certi casi ciò potrebbe portare ad un risultato impossibile, poichè il risultato della controversia giuridica potrebbe dipendere dalla formulazione positiva o negativa della domanda. La legge stabilisce perciò che in caso di eguaglianza dei voti indifferente da come sia stata formulata la domanda, non può essere accertata una violazione della legge fondamentale o altro diritto federale. (As decisões serão tomadas primordialmente pela maioria dos juízes que delas participaram. Havendo número idêntico de votos, não cabe ao Presidente o desempate. Decorre daí que, havendo empate na votação, o pedido deve ser rejeitado. Em certos casos, isso pode levar, porém, a resultado impossível, porque a solução da lide poderia depender da forma positiva ou negativa do pedido. Por isso determina a lei que, em caso de paridade de votos, tal como foi ajuizado o pedido, não pode ser declarada uma violação da Lei Fundamental ou de outro direito federal.)⁴⁵

Ora, nos termos do art. 97 da Lei Maior, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público nos tribunais somente poderá ocorrer quando preenchidos dois pressupostos: 1º) que haja votos acordes no reconhecimento da alegada inconstitucionalidade; 2º) que a soma dos votos acordes perfaça a maioria absoluta dos membros do tribunal, e não apenas dos juízes presentes à sessão de julgamento. Define-se a maioria absoluta como o número imediatamente superior à metade, na lição clara e precisa de Léon Duguit.

São suas palavras, *verbis*:

La détermination de la majorité absolue peut présenter quelque difficulté. Si le nombre des votants est un nombre pair, la majorité absolue est la moitié plus un de ce nombre. Si les votants sont en nombre impair, la majorité absolue est la majorité absolue du nombre pair immédiatement au-dessous: la majorité absolue de 1.001 est 501; et 501 est aus-

⁴⁵ In *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*. Ristampa. Milano: Dott. A. Guiffrè, 1973. p. 140. n. 13.

*si la majorité absolue de 1.000.*⁴⁶

Por conseguinte, somente o Plenário da Corte, ou seu órgão especial, nos termos do art. 97 da CF/88, poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Essa a jurisprudência pacífica do Eg. Supremo Tribunal Federal (RE nº 55.378, rel. Min. Thompson Flores, *in* Ementário 830 do STF; RE nº 88.160/RJ, rel. Min. Leitão de Abreu, *in* RTJ 96/1.188; RE nº 90.569/RJ, rel. Min. Moreira Alves, *in* RTJ 99/273).

No mesmo sentido, o pensamento autorizado do Mestre Pontes de Miranda, *in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, 2. ed., Revista dos Tribunais, v. III, p. 590, *verbis*:

Os membros do tribunal, que votaram, em cognição da ação, ou de recurso, ou seus substitutos, têm de votar em maioria absoluta para que se possa decretar a nulidade da lei, ou do ato, por inconstitucionalidade. É o chamado mínimo para julgamento de inconstitucionalidade da regra jurídica.

O art. 116 atende, em parte, à hierarquia das regras jurídicas: posto que a Constituição exija a maioria absoluta dos membros do tribunal (não dos presentes) para a decisão desconstitutiva, só a faz a respeito das regras legais ou de atos, que contenham regras jurídicas ou não, porém não estende a exigência se a infração, de que se trata, é a regra geral. O tribunal, ou a parte do tribunal, não precisa de maioria absoluta para dizer ilegal o ato do poder público. À primeira vista, parece estranho que se possa decretar a ilegalidade sem maioria absoluta dos membros do tribunal e não se possa decretar a inconstitucionalidade desse mesmo ato se não se perfaz maioria absoluta dos membros do tribunal. É que a *ratio legis* não está em que as questões de legalidade são menos graves e só atingem decretos, regimentos, regulamentos, avisos, instruções, portarias e outros atos menos importantes. As questões de inconstitucionalidade são graves, porque se acusa o autor do ato de violar a Constituição de que provém qualquer partícula de poder público, que haja invocado.

⁴⁶ *In Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: E. de Boccard, 1924. Tomo 4º. p. 91.

3 DO JUÍZO COMPETENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE

3.1 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO: O CHAMADO “GOVERNO DE JUÍZES”

Inicialmente, no Estado Romano e, posteriormente, nos Estados absolutistas, todo o poder estatal se concentrava na pessoa do soberano. “O direito se confunde com a sua vontade. Dele nasce e por ele é realizado”,⁴⁷ utilizando a expressão de Seabra Fagundes. Na Inglaterra é que surge um “embrião” de controle jurisdicional sobre as atividades do Estado.

Seabra Fagundes noticia passagem célebre da história inglesa:

O juiz Coke, falando por si e pelos demais juízes, fez sentir que “o rei, por si mesmo, não pode julgar nenhum negócio criminal, nem civil, mas que toda causa deve ser julgada e decidida em uma corte de justiça, segundo a lei e o costume da Inglaterra”. Dizia ele ainda: “O rei pode ter assento na Corte do Banco do Rei, mas é a Corte que julga”.⁴⁸

É, no entanto, nos Estados Unidos que o Poder Judiciário vai adquirir preponderância sobre os demais Poderes em matéria de interpretação e controle da Constituição.

Eis a lição de Hamilton, *verbis*:

A interpretação das leis é própria e peculiar da província dos tribunais. Uma constituição é, de fato, e deve ser olhada pelos juízes como uma lei fundamental. Deve, portanto, lhes pertencer fixar-lhe o sentido, bem como o de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Se acontecesse haver uma divergência irreconciliável entre as duas, a que tem superior obrigação e validade deve ser naturalmente preferida; em outras palavras, a constituição tem preferência sobre a lei, a intenção do povo sobre a de seus agentes.⁴⁹

⁴⁷ FAGUNDES, Seabra. Op. cit., p. 118.

⁴⁸ FAGUNDES, Seabra. Op. cit., p. 120.

⁴⁹ HAMILTON, A. *The federalist*. New York: G.P. Putnam's Sons, 1888. p. 485-6.

Lambert, na sua conhecida obra *Le gouvernement des juges*, considera a preponderância do Poder Judiciário nos Estados Unidos como de índole governativa, em razão do poder que têm os tribunais norte-americanos de declarar a inconstitucionalidade de leis.

*Se ha visto en esta potestad de los jueces de enervar la ley cuando ella repugna a la Constitución, una especie de supra-legalidad que determinarían los jueces e no el legislador. Esta atribución y otras como la de dar imperio a las decisiones en recursos de mandamus y de injonction, contra la autoridad administrativa a la cual se la obliga a cumplir las leyes, se ha llamado “gobierno de jueces”.*⁵⁰

No mesmo sentido, Cooley:

Mas o Poder Judiciário é a autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis, e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos.⁵¹

Carlos Maximiliano, nos seus *Comentários à Constituição brasileira de 1946*, contesta a afirmação de que haveria “uma supremacia” do Poder Judiciário. Diz ele:

Propriamente não existe a supremacia do Judiciário, a aristocracia da toga, de que falou Burgess. Os três poderes são independentes, posto que harmônicos. Os tribunais, ao tomar conhecimento de casos concretos, não se sobrepõem ao Executivo, nem ao Congresso. Evitam, apenas, incorrer na mesma falta de qualquer daqueles dois poderes, com o decidir em desacordo com o estatuto fundamental. Interpretam, autonomicamente, o dispositivo básico, e concluem adotando a exegese do litigante, embora contrária à das Câmaras, ou do Chefe de Estado. Forçados pela propositura da ação a restabelecer o direito violado e achando-se em face de dois textos em conflito, optam, e de mau grado, com a mais discreta reserva, pelo que têm a preeminência: aplicam a Constituição em vez da lei ordinária; preferem esta ao simples regulamento, decreto executivo, aviso ou portaria. Não anulam a lei em seu conjunto, de modo que deva ela ser excluída do repositório oficial respec-

⁵⁰ LAMBERT. Op. cit., p. 30 e segs., apud BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1954. p. 48.

⁵¹ Op. cit., p. 146.

tivo; declaram-na sem efeito, como se nunca tivesse existido, em relação ao caso especial sujeito a julgamento.⁵²

Segundo o ensinamento do Professor Kloss,

*Es justamente la existencia de una Administración Pública controlada por el juez – a fin de comprobar si su actividad se adecua a Derecho – lo que de modo primordial permite afirmar de un Estado el que está regido por el Derecho, que en él se dé el imperio de la ley, que sea un Estado de Derecho.*⁵³

3.2 O JUÍZO COMPETENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NO BRASIL

O poder de declarar a inconstitucionalidade de leis compete, no direito constitucional brasileiro, privativamente, ao Poder Judiciário. É inerente à sua função. Esse poder é exercido tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo tribunal de segundo grau e, mesmo, pelo juiz singular.

Nesse sentido, doutrina o Professor Alfredo Buzaid:

Exerce-o não apenas o tribunal de segundo grau, ou o STF; qualquer juiz, quando deve resolver os litígios submetidos ao seu conhecimento, pode decretá-la, porque é da índole de sua função, ao dizer o direito em cada caso concreto, deixar de aplicar a lei que contraria direta ou indiretamente a Constituição.⁵⁴

Na mesma linha, Lúcio Bittencourt:

Não importa isso, porém, afirmar que a faculdade de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade é privativa do Supremo Tribunal; não. Ela é consecutória da função jurisdicional e, por conseguinte, cabe a quem quer que legitimamente exerça

⁵² MAXIMILIANO, C. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 5. ed. Freitas Bastos, 1954. v. I. p. 152. Nesse sentido, também, a doutrina clássica norte-americana: BAKER, A.J. *Annotated Constitution of the United States*. Chicago: Callaghan, 1891. p. 172; HUGHES, Charles E. *The Supreme Court of the United States*. New York: Columbia University Press, 1928. p. 86.

⁵³ KLOSS, E.S. El control jurisdiccional sobre la administración inglesa. *Revista de Direito Público*, n. 41 e 42, 1977, p. 6. No Direito alemão, confira-se a obra pioneira de JELLINEK, G. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1919. p. 359-360.

⁵⁴ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta*, p. 59.

esta última. Todos os tribunais e juízes, federais ou locais, ordinários ou especiais, dela dispõem, embora a última palavra sobre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República.⁵⁵

Idêntica é a posição de Pontes de Miranda:

Os juízes singulares podem decretar a nulidade da lei, por ser contrária à Constituição, pois do que decidirem há sempre recurso. Nem se poderia excluir a cognição da questão da inconstitucionalidade pelos juízes singulares; nem seria de admitir-se que se exigisse o *per saltum*, tais os enormes inconvenientes práticos que teria, se os juízes singulares houvessem de sustar os julgamentos.⁵⁶

Alcides de Mendonça Lima e Vicente Chermont de Miranda sustentam posição diversa. Para ambos os juristas, o juiz singular não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis.⁵⁷

Todavia, hoje é pacífico na doutrina e na jurisprudência dos nossos tribunais a competência dos juízes singulares para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.

3.3 A CHAMADA “QUESTÃO POLÍTICA” E O SEU EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO

Começaremos por definir o que é o ato político, ou seja, quando esse ato se reveste das características de uma “questão política” e, conseqüentemente, fica excluído da apreciação do Poder Judiciário.

Seabra Fagundes, na sua obra *O controle do ato administrativo*, ao estudar a chamada questão política, apoia-se no

⁵⁵ BITTENCOURT, L. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, p. 35.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. v. 5. p. 299.

⁵⁷ LIMA, A. de Mendonça. Competência para declarar a inconstitucionalidade de leis. *Revista Forense*, v. 123, p. 347 e segs.; MIRANDA, V.C. de. Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular. *Revista Forense*, v. 92, p. 587.

estudo realizado pelo grande publicista italiano Ranalletti:

Entende o notável publicista que a tutela das exigências supremas da vida do Estado é que constitui o cerne do ato político, parecendo-lhe que só os atos para os quais haja uma “razão de Estado” (atos do Estado, da autoridade suprema, e não das Províncias e das Comunas) podem apresentar-se com tal caráter.⁵⁸

Mais adiante, examina a lição de Leon Duguit, na qual este define o ato administrativo como político “se política for a sua finalidade”.⁵⁹

Francisco Campos, que, no dizer de Hely Lopes Meirelles, foi quem melhor estudou o assunto no Brasil, assim define as questões políticas:

(...) a investigação judiciária envolve, na sua sindicância, a elaboração legislativa na totalidade de suas fases, encontrando como único limite apenas aquilo que diz respeito à economia interna das assembleias, a saber, o processo legislativo propriamente dito nas suas formalidades extrínsecas. Ou, em outros termos, o Judiciário somente entra no exame do que se passa no seio da assembleia legislativa para verificar se o ato promulgado como lei foi efetivamente votado ou incorporado a real manifestação da vontade da assembleia; o seu exame, porém, não envolve as particularidades ou modalidades da elaboração legislativa, a saber, o processo pelo qual a assembleia manifesta a sua vontade.

Tais questões são *interna corporis*, isto é, da exclusiva competência da assembleia legislativa, que é o único senhor da regularidade formal de suas deliberações.⁶⁰

A meu juízo, porém, foi Rui Barbosa quem melhor enfrentou a matéria:

A linha diretriz não me parece difícil de traçar. De um lado estão os grandes poderes do Estado, com as suas atribuições determinadas em textos formais. De outro, os direitos do indivíduo, com as suas garantias expressas em disposições taxativas. Em meio a uma e outra parte, a Constituição, interpre-

⁵⁸ FAGUNDES, S. Op. cit., p. 162-163.

⁵⁹ FAGUNDES, S. Op. cit., p. 162-163.

⁶⁰ CAMPOS, Francisco. *Pareceres*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio, Rodrigues & C., 1934. p. 24.

tada pela justiça, para evitar entre os direitos e os poderes as colisões possíveis. Quando, portanto, o poder exercido não cabe no texto invocado, quando o interesse ferido por esse poder se apoia em um direito prescrito, a oportunidade da intervenção judiciária é incontestável. O assunto será então judicial. Quando não, será político. Versa a questão sobre a existência constitucional de uma faculdade, administrativa, ou legislativa? A solução, nessa hipótese, está indicada pela enumeração constitucional das faculdades consignadas a cada ramo do governo. A matéria é judicial. Versa ela sobre a extensão desse poder relativamente aos direitos individuais? O confronto entre a cláusula, que estabelece a garantia, determina, por intuição, ou interpretação, o pensamento constitucional. O assunto ainda é judiciário. Versa, enfim, sobre a maneira de exercitar esse poder, sua conveniência, sua oportunidade? Nesse caso, a questão é política; porque seus elementos de apreciação pertencem intrinsecamente à função conferida, e a ingerência de outro poder a anularia intrinsecamente.⁶¹

Rui, na sua obra *O direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, na qual esgota a matéria concernente às questões políticas ou *interna corporis*, organiza um elenco de casos em que se manifesta o caráter estritamente político do Estado: 1) a declaração da guerra e a celebração da paz; 2) a manutenção e a direção das relações diplomáticas; 3) a verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros; 4) a celebração e a rescisão dos tratados; 5) o reconhecimento da independência, da soberania e do governo de outros países; 6) a fixação das extremas do país com seus vizinhos; 7) o regime de comércio internacional; 8) o comando e a disposição da milícia; 10) o reconhecimento do governo legítimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades; 11) a apreciação, nos governos estaduais, da forma republicana, exigida pela Constituição; 12) a fixação das relações entre a União ou os Estados e as tribos indígenas; 13) o regime tributário; 14) a adoção de medidas protecionistas; 15) a distribuição orçamentária da despesa; 16) a admissão de um Estado à União; 17) a declaração da existên-

⁶¹ BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais*, p. 126-127.

cia de um estado de insurreição; 18) o restabelecimento da paz nos Estados insurgentes e a reconstrução neles da ordem federal; 19) o provimento dos cargos federais; 20) o exercício da sanção e do veto sobre as resoluções do Congresso; 21) a convocação extraordinária da representação nacional.⁶²

Portanto, o que caracteriza a chamada questão política ou *interna corporis* é a conveniência, a oportunidade, a utilidade ou não de se adotar determinada medida. A competência para apreciar “toca exclusivamente à discreção do órgão”, utilizando a expressão do Ministro Buzaid, que tem a liberdade para decidir, não estando sujeito a nenhuma limitação. O Poder Judiciário só poderá intervir quando houver lesão a direitos ou garantias individuais, ou seja, se, em razão dessas medidas, algum cidadão se sentir lesado em suas garantias individuais, então, e só nessa hipótese, admite-se a interferência do Poder Judiciário, sem, no entanto, indagar do mérito do ato, mas apenas de sua legalidade.

Como bem salientou o Professor Buzaid, “A função específica do Poder Judiciário não consiste em fiscalizar o comportamento dos outros poderes do Estado, mas sim em decidir litígio real, nos termos em que foi proposto pelo autor”.⁶³

3.4 PODE O CHEFE DO PODER EXECUTIVO SE RECUSAR A APLICAR A LEI INCONSTITUCIONAL (EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO)?

Muito delicada e complexa é a questão que se propõe, devido ao relacionamento e à competência dos Poderes. O problema que se coloca é o seguinte: tem o chefe do Poder Executivo legitimidade para se recusar a aplicar uma lei que julgue inconstitucional, antes, portanto, dessa inconstitucionalidade

⁶² BARBOSA, Rui. Op. cit., v. 1º, p. 163-164.

⁶³ BUZOID, A. *Da ação direta*, p. 57.

ser declarada pelo Poder Judiciário? Se ele a tem, configura-se uma exceção ao princípio de que o Poder Judiciário é o órgão competente para apreciar a inconstitucionalidade das leis?

Não é nova a questão proposta na doutrina e na jurisprudência brasileiras, conforme assinala do Professor Celso A. Barbi no seu artigo “A evolução do controle da constitucionalidade”.⁶⁴ Segundo o autor, a adoção da ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese significou substancial reforço para os poderes do Executivo federal, uma vez que, anteriormente à Emenda Constitucional nº 16 e à Constituição de 1967, o chefe do governo não dispunha de meios legais para evitar a aplicação de leis que considerasse inconstitucionais.

Por esses motivos, afirmou, *verbis*:

Sustentou mesmo a Presidência da República, como meio de evitar a aplicação dessas leis, a legalidade do procedimento do Executivo em negar aplicação a leis que considerasse contrárias à Constituição, ficando ao interessado o caminho de reclamar ao Judiciário contra a atitude daquele poder. A tese logrou aceitação máxima porque não subtraía ao Judiciário a oportunidade de dar a última palavra a respeito da questão.

O Professor Miguel Reale, ao estudar a validade da norma jurídica, propõe, para que a lei seja válida, o concurso dos seguintes requisitos: a) quanto à legitimidade do órgão; b) quanto à legitimidade do procedimento. Portanto, segundo o magistério do ilustre Professor, para que a lei seja válida, ela deve obedecer a esses requisitos.⁶⁵

Miguel Reale também pertence à corrente favorável à recusa do chefe do Poder Executivo em aplicar lei eivada de vício de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, em célebre pronunciamento, concluiu, *verbis*:

Note-se que, se o Legislativo ou o Executivo não podem de-

⁶⁴ BARBI, Celso A. A evolução do controle da constitucionalidade. *Revista de Direito Público*, v. 4, p. 42.

⁶⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 110.

cretar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um decreto, podem, todavia, recusar-lhes eficácia, cabendo a quem se considera prejudicado ir a Juízo para provar a legitimidade da norma impugnada.⁶⁶

Idêntica é a posição de Anhaia de Mello: “A guarda da Constituição incumbe a todos, definindo-se a expressão última como aqueles que encarnam uma parcela de responsabilidade no exercício do poder público”.

Mais adiante, o citado autor pondera, *verbis*:

O que não se pode, o que não se deve, é permitir que uma inconstitucionalidade flagrante passe a conviver no universo jurídico, poluindo o seu límpido meio ambiente. Não custa repetir, neste passo, que não cumprir não significa julgar... Em conclusão, as autoridades federais, estaduais e até municipais têm o poder-dever de guardar a Constituição, e o principal meio de assim agir é não cumprir dispositivo legal que claramente a afronte.⁶⁷

No mesmo caminho o magistério de Carlos Maximiliano, ao comentar a Constituição de 1891: “O Executivo reprime os excessos do Congresso por meio do veto e do direito de não cumprir leis manifestamente inconstitucionais (...)”.⁶⁸

Da mesma forma, Pontes de Miranda, quando afirma, *verbis*:

A Administração pode abster-se, e dizer por que se abstém, sempre que sua ação dependa de implícita solução à questão prévia da inconstitucionalidade. A decisão prévia da inconstitucionalidade não desconstitui (só a sentença judiciária o faz), mas dá ensejo à abstenção, se e enquanto não sobrevém a decisão judiciária.⁶⁹

Orlando Miranda de Aragão é incisivo: “Sendo lícita ao Executivo a anulação de atos inconstitucionais, mais lícita será

⁶⁶ REALE, Miguel. Op. cit., p. 112.

⁶⁷ MELLO, Anhaia de. Controle da constitucionalidade das leis. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 20. p. 256-7.

⁶⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição de 1891*. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1929. p. 312.

⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo III. p. 598.

a recusa de praticá-los quando previamente constatada a inconstitucionalidade”.⁷⁰

Assim, também, conclui Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores.⁷¹

Miranda Lima, em parecer, defende esse procedimento por parte do chefe do Poder Executivo:

Na recusa de aplicação, pelo Poder Executivo, de lei que lhe pareça claramente inconstitucional, não há desapeço ao Poder Legislativo, que se não pode pretender imune ao erro, mas cumprimento do dever, que o é dos três Poderes, de obedecer à Carta Magna, que aos três baliza as respectivas competências. Quando deixa de executar a lei que tem por contrária à Constituição, mais não faz o Poder Executivo que cumprir o dever de respeitar a norma hierarquicamente superior, em face da qual afere a validade e a eficácia da de categoria inferior.

Mais adiante, acrescenta:

(...) O Poder Executivo, diante de uma lei, interpretando-a e confrontando-a com o Estatuto Político, mirando a dar-lhe execução, se conclui pela existência de antagonismo entre uma e outro, pode e deve, sem menosprezo ao Congresso, recusar obediência à lei ordinária, para garantir o império da Constituição, expressão fundamental da vontade do povo, da qual emanam e na qual se gizam ou marcam as competências dos Poderes, de tal maneira que, se transpõem tais raias, os atos que fora delas produzem valem tanto quanto se produzidos não foram, são nenhuns para o mundo do Direito.

Por fim, conclui:

O Poder Executivo, que deve conferir o projeto com a Constituição, cooperando com o Legislativo no zelo de sua soberania, se o sanciona, por inadvertido de que a ela afronta, adiante, alertado do seu erro, no cumprimento do dever constitui-

⁷⁰ ARAGÃO, Orlando M. de. Parecer. *Revista de Direito Público*, v. 26, p. 72.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 3. ed., refundida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 848.

onal de a manter e defender, há de buscar corrigi-lo, e se outro meio não encontrar para tanto, senão a recusa em a aplicar, deixará de lhe dar aplicação; de igual modo lhe incumbirá proceder se, vetando-o com esse fundamento, vir rejeitado o veto. Incompreensível seria obrigá-lo, após ciente do erro da sanção, ou ainda convencido do acerto do veto rejeitado, cruzar os braços ante o manifesto menosprezo à Constituição, ou melhor, ampliar-lhe a repercussão deliberadamente, acoçoá-lo por meio da execução normal do ato espúrio que o expressa, catando a este o respeito somente devido às leis válidas.⁷²

O Ministro Themistocles Cavalcanti, em parecer concedido ao Governo do Estado de São Paulo, assim se manifestou:

A “independência dos Poderes”, a que se refere a Constituição, para ser efetiva, precisa partir do princípio de que essa independência há de cobrir o exercício pleno e efetivo dos poderes explícitos e daqueles necessários à execução das tarefas constitucionais inerentes a cada um. A imposição pelo Legislativo de medidas administrativas, que não são apenas de orientação de política legislativa, mas se referem a favores, privilégios e vantagens individuais que oneram os cofres públicos, o que não tem o apoio constitucional, não pode obrigar o Poder Executivo. Se executar tais medidas ou preceitos legais, será responsável solidariamente com o Legislativo pelas violações da Constituição e com as consequências desastrosas para os cofres públicos.

Adiante, anotou:

O Poder Executivo é o “legislador imediato” porque é quem conhece as necessidades mais próximas da execução da lei e também os inconvenientes dessa execução. É ele quem pode apreciar mais de perto a aplicação da lei ao fato e a sua repercussão na administração, na vida do País. A Constituição, ao estabelecer as limitações ao legislador, quis prescrever esses direitos de comunidades, por meio de normas gerais que todos, Legislativo, Executivo e Judiciário, devem obedecer. Todos devem preservar a Constituição na medida de sua competência.⁷³

⁷² MIRANDA LIMA, L.C. de. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, v. 81, 1965, p. 469-470.

⁷³ CAVALCANTI, T. Brandão. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, v. 82, 1965, p. 380 e 383.

Idêntica é a lição do Professor Mário Masagão:

Quando há divergência entre a lei ordinária e a Constituição, tem o objeto do ato administrativo de se conformar com a lei suprema. Alguns autores resolvem diferentemente o caso, alegando que o Poder Executivo deve pressupor a constitucionalidade da lei, até que o Poder Judiciário a negue. Tal solução não satisfaz, porque, se o Presidente da República reconhece a existência de contradição entre a lei fundamental e o projeto de lei ordinária, deve aplicar a primeira, sob pena de admitir sua derrogação pela segunda, o que é inconcebível nos países de Constituição rígida.⁷⁴

Nesse sentido, a jurisprudência:

O Poder Executivo não é obrigado a cumprir tais leis que considere inconstitucionais. (Acórdão do STF no recurso do MS nº 13.950, de São Paulo, proferido aos 10.10.1968, Relator o Min. Amaral Santos, *in* RDA 97/116)

O exame da constitucionalidade de lei não é privativo do Judiciário. O Executivo pode, caso entenda flagrantemente inconstitucional uma lei, negar-lhe cumprimento. (Acórdão do TJ de São Paulo no MS nº 176.863, de 21.03.69, Rel. Des. Torres de Carvalho, *in* RT 407/131)

O Ministro Moreira Alves, ao relatar a Representação 980, em que se discutia a constitucionalidade de decreto do Chefe do Poder Executivo Estadual que determinou aos órgãos a ele subordinados que se abstivessem da prática de atos que implicassem a execução de dispositivos vetados por falta de iniciativa do Poder Executivo, anotou:

Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não será ao Chefe de um dos poderes do Estado para a defesa não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? Acolho, pois, a fundamentação – que, em largos traços, expus – dos que têm enten-

⁷⁴ MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 147.

dimento igual.⁷⁵

Embora minoritária, há uma corrente que não aceita o entendimento acima exposto.

Lúcio Bittencourt “nega aos funcionários administrativos competência para se recusar a aplicar uma lei sob a alegação de sua inconstitucionalidade”.⁷⁶

Da mesma forma, o Ministro Alfredo Buzaid:

O poder de decretar a inconstitucionalidade de leis, no Brasil, compete privativamente ao Judiciário. Não o pode exercer o Legislativo porque lhe é vedado ser juiz em causa própria; aliás a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade. Também não o pode exercer o Executivo, pois isso o tornaria superior ao Congresso.⁷⁷

Rui Barbosa, nas suas *Cartas da Inglaterra*, ao comentar o processo do Capitão Dreyfus, afirmou:

(...) a lei é a lei com todas as suas insuficiências, todas as suas desigualdades, todos os seus ilogismos, e em que a observância dela é o caminho para a sua reforma, único remédio real aos seus defeitos, menos funestos, em todo caso, do que o arbítrio da razão humana, encarnada no número, no poder ou na força.⁷⁸

Ainda Rui:

Não recusarei execução a lei alguma, a pretexto de inconstitucionalidade; visto como, a respeito das leis, o conhecimento desse vício é da competência exclusiva do poder judicial. Toda lei, pelo mero fato de ser lei, enquanto não havida por nula em sentença irrevogável, obriga inelutavelmente o Poder Executivo.⁷⁹

Idêntica é a posição de Barthélemy e Duez: “A lei obri-

⁷⁵ MOREIRA ALVES. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 96, p. 508.

⁷⁶ BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 92.

⁷⁷ BUZOID, Alfredo. *Da ação direta*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 41.

⁷⁸ BARBOSA, Rui. *Cartas da Inglaterra*. São Paulo: Iracema, 1965. v. 4. p. 38.

⁷⁹ *In Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: MEC, 1967. v. 37. Tomo I, Excursão eleitoral. p. 103.

ga, ainda que antijurídica”.⁸⁰

Os que esposam essa corrente sustentam que a lei inconstitucional é nula e írrita, mas somente após a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, que, no Brasil, é o Poder competente para declarar a inconstitucionalidade de leis. Até então, a lei obriga todos.

Willoughby, consagrado constitucionalista norte-americano, diz:

O direito de um funcionário, a quem cabe a execução de uma lei, de recusar o seu cumprimento sob o fundamento de inconstitucionalidade não é tão claro quanto o do particular obrigado a cumprir a lei.

Como de orientação geral, parece que um funcionário público, mesmo quando assumir o risco de um processo ou punição, civil ou criminal, não deveria deixar de cumprir uma lei, mesmo inconstitucional, exceto quando as consequências forem graves e irremediáveis, ou muito especialmente, quando o único meio que pode levar o caso a apreciação judicial para a verificação de sua validade é a recusa de sua aplicação.⁸¹

Com efeito, não se configura na recusa do Chefe do Poder Executivo em aplicar lei inconstitucional uma exceção ao princípio da supremacia do Judiciário, uma vez que, como bem salientou Frederico Marques,

a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes reside em que o primeiro é definitivo *hic et nunc*, enquanto a segunda está sujeita a exame posterior pelas Cortes de Justiça.⁸²

4 DA FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

⁸⁰ Citado por FAGUNDES, Seabra. *O controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: 1967. p. 103.

⁸¹ WILLOUGHBY, Westel W. *The Constitutional Law of the United States*. 2. ed. New York: Baker, Voorhis and Co. v. I. p. 17, § 12.

⁸² *In RTJ* do STF, v. 96, p. 507.

A prerrogativa do Poder Judiciário e, em especial, do seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, de exercer o controle de constitucionalidade de leis constitui, juntamente com o *habeas corpus*, a maior garantia que a Constituição pode assegurar aos cidadãos de uma Nação democrática.

A criação de uma Suprema Corte com essa prerrogativa é, no dizer de Washington, “a chave de abóboda do nosso edifício jurídico”. Essa competência reside, “em sua essência, na faculdade reconhecida aos tribunais, de manterem a Constituição contra os excessos do poder que faz a lei e do poder que a executa”.⁸³

Portanto, o Supremo Tribunal Federal ocupa uma posição peculiar no sistema constitucional brasileiro, uma vez que é colocado acima dos demais Poderes, no que concerne à interpretação e à guarda da Constituição e, nesse sentido, pode e deve intervir, seja contra o Legislativo, seja contra o Executivo, seja mesmo contra o Judiciário, sempre que a sua intervenção seja solicitada para resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, previstos na Constituição.

Vale a pena reproduzir uma decisão do Juiz Warren, quando presidia a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao salientar a importância dessa prerrogativa da mais alta Corte daquele país:

Todos temos consciência da gravidade do ataque inevitavelmente desfechado toda vez que impugnamos a constitucionalidade de um ato do Legislativo... Mas um juramento nos obriga a defender a Constituição. O Judiciário tem o dever de zelar pelas garantias constitucionais que protegem os direitos dos cidadãos... Os dispositivos da Constituição não são adágios que o tempo desgasta, ou fórmulas vazias que se repetem sem se compreender. São princípios vitais, fórmulas vivas, que autorizam e limitam os poderes do Governo em nossa Nação. São as regras mesmas desse Governo. Se a constitucionalidade de um ato do Congresso é contestada nesta Corte,

⁸³ BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais*, p. 248.

cumpre-nos aplicar essas regras... Se não o fizermos, as palavras da Constituição se tornarão apenas bons conselhos. É preciso agir com cautela, conforme o conselho de nossos antecessores. Mas é preciso agir. Não podemos fugir à ingrata responsabilidade de julgar...⁸⁴

Em consequência, o Supremo, por meio de seus ministros, quando decide sobre matéria constitucional, está decidindo sobre matéria política. Nesse sentido, é oportuno lembrar trechos do discurso proferido pelo saudoso Francisco Campos por ocasião da reabertura das atividades do Supremo Tribunal Federal, em 1937, oportunidade em que exercia a função de Ministro da Justiça do Governo de Getúlio Vargas:

Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do governo. Sois o juiz dos limites do poder do governo, e, decidindo sobre o seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. O poder de limitar envolve, evidentemente, o de reduzir ou o de anular... Juiz das atribuições dos demais poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos... O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la...⁸⁵

Cândido Mota Fº, em artigo publicado na Revista Forense, refere a lição de João Mendes, nestes termos:

Pois João Mendes não chama o Poder Judiciário, “o mais elevado poder político”? Para ele, o indivíduo, quando provoca o Poder Judiciário, quer na jurisdição federal, quer na jurisdição estadual, invoca a Nação.⁸⁶

Idêntica a posição de Castro Nunes: "A interpretação constitucional é, como sabeis, eminentemente política. Política

⁸⁴ Voto mencionado na introdução da edição brasileira de BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 18.

⁸⁵ *In Revista Forense*, v. 86, p. 695-696.

⁸⁶ MOTA Fº, Cândido. A evolução do controle de constitucionalidade de leis no Brasil. *Revista Forense*, v. 86, p. 279.

nas suas inspirações superiores e na sua repercussão".⁸⁷

Concluindo, o Supremo, ao decidir a constitucionalidade de uma lei, está exercendo uma das mais relevantes de suas prerrogativas, pois, nesse momento, está acima dos demais poderes que constituem a República e garantindo contra esses mesmos poderes, inclusive o Judiciário, a supremacia da Constituição. Tão relevante é essa prerrogativa do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal, que certos doutrinadores norte-americanos a qualificaram de um verdadeiro "veto judicial".

4.2 COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM TESE

A Constituição Federal, no seu art. 102, I, *a*, estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, antiga a doutrina:

A principal hipótese em que o STF pode exercer competência originária para controle de constitucionalidade é a ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República, como se prevê no art. 110, I, *I*, da Constituição.⁸⁸

Idêntica a posição do Professor Ferreira Filho:

De fato, foi ela (a Emenda nº 16/65) que deu ao STF a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, não só estadual, mas também federal, em ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República, ação essa cujo objeto é a declaração de tal inconstitucionalidade em tese, independentemente de lesão a direito individual.⁸⁹

⁸⁷ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 597.

⁸⁸ DALLARI, Dalmo A. O controle de constitucionalidade pelo STF. *Rev. LTr.*, 35/428.

⁸⁹ FERREIRA Fº, M.G. *Comentários à Constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p. 212.

4.3 NO CASO DE AÇÃO DIRETA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM TESE, É NECESSÁRIA A SUSPENSÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL PELO SENADO?

Antes de passar a analisar esse item, impõe-se uma breve exposição da natureza da competência do Senado para suspender leis inconstitucionais, competência essa prevista no art. 52, X, da Lei Maior. Diz o artigo:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

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

A maioria dos doutrinadores entende que essa prerrogativa do Senado tem apenas o efeito de tornar pública a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do decreto e estender os seus efeitos a todos os indivíduos indistintamente, ou seja, dar eficácia *erga omnes* à decisão final do Supremo Tribunal Federal.

No magistério do douto Lúcio Bittencourt:

O ato do Senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do STF. Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros Poderes. O objetivo do art. 45, nº IV, da Constituição é apenas tornar pública a decisão do Tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.⁹⁰

A questão proposta é saber se, no caso de ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, precisa ser feita a comunicação da decisão ao Senado.

⁹⁰ BITTENCOURT, L. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 145.

A jurisprudência e a doutrina, hoje, entendem que o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal só se aplica na declaração de inconstitucionalidade *in casu*, e não em ação direta em tese.

O Ministro Willian Patterson, em artigo de doutrina, assim concluiu:

Com a Emenda 16, regra hoje incorporada na Constituição (letra I do item I do art. 119), passou-se a impugnar a atividade do Senado, por entender-se que a simples decisão da Alta Corte, em se tratando de julgamento de lei em tese, conduziria aos mesmos resultados.⁹¹

Idêntica é a posição do Professor Athos Gusmão Carneiro:

Em consequência, nas declarações de inconstitucionalidade em tese, resolveu o STF não ser necessária a comunicação ao Senado Federal, prevista no art. 42, VII, da Constituição (v. DJU, 16 de maio de 1977. p. 3123). Essa comunicação será feita apenas nas declarações de inconstitucionalidade *in casu*, i.e., nas proferidas como “prejudiciais” no julgamento de demanda que chegue ao conhecimento do STF; nessas hipóteses, sim, cabe ao Senado “suspender a execução” da lei ou de atos normativos declarados inconstitucionais.⁹²

Nesse sentido, em 1977, deliberou o Pretório Excelso, no processo administrativo nº 4.477-72 da Mesa de Matéria Constitucional, de acordo com o parecer do ilustre Ministro Moreira Alves,

(...) que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e não quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa à intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo

⁹¹ PATTERSON, W. Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 8, n. 20, p. 82.

⁹² CARNEIRO, Athos G. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 16-17.

com relação a todos. (*in* DJ de 16.05.77)

No mesmo sentido, o voto do saudoso Ministro Rodrigues Alckmin:

No caso de Representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à lei ou ao ato normativo em tese, e decisão que os têm por inconstitucional encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes eficácia.

Mais adiante, anotou: “Creio que foi acertado o entendimento de não oficializar-se ao Senado Federal, nos casos de Representação”.⁹³

Esposando a mesma corrente, o Ministro Thompson Flores, ao relatar a Representação nº 933-RJ.

Assim se expressou o saudoso Juiz, *verbis*:

Atribui a Magna Carta, privativamente, ao STF a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual, por meio de Representação.

Caso venha a julgá-la procedente, a declaração de inconstitucionalidade é terminante, inalterável e irreversível.

Em outra passagem, ponderou:

Não poderá revê-lo (o Senado), sob qualquer outro pretexto. É que a declaração de inconstitucionalidade reservada ficou, absoluta e privativamente, à Magna Corte, não repartindo essa prerrogativa com Poder outro qualquer.⁹⁴

Concluindo, a suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão final, limita-se aos casos de julgamento da inconstitucionalidade como “prejudicial” da demanda, ou seja, em casos concretos, e não quando se trata de ação direta em tese, hipótese em que a decisão da Corte Suprema “encerra em si mesma o efeito de excluir-lhes eficácia”, como bem se expressou o Ministro Alckmin, dispensando a comunicação ao Senado.

5 DA NATUREZA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

⁹³ In Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 8, n. 20, p. 83.

⁹⁴ In Representações por inconstitucionalidade. Brasília: 1976. Tomo 2. p. 123.

5.1 POSIÇÃO DE PONTES DE MIRANDA: CONSTITUTIVA NEGATIVA

A declaração de inconstitucionalidade, como bem salientou o ilustre Ministro Alfredo Buzaid, importa a declaração de nulidade da lei ou do ato. A problemática surge justamente no conceito de “nulidade”.

No Direito Romano, o “nulo” não existe. No Direito Contemporâneo, o “nulo” existe, mas de maneira anormal, “nulamente é”.

Como bem frisou Alfredo Buzaid,

Daí pode haver o nulo com todos ou algum efeito e não haver o inexistente com efeito; o que não existe não tem qualquer efeito; o “nada” nada produz. Nenhum jurista confunde os três planos: o da existência; o da validade; e o da eficácia.⁹⁵

Idêntica é a lição de Francisco Campos:

É, pois, fora de dúvida que uma lei inconstitucional não é lei, nem poderia ser, jamais, como tal considerada. Ela era o que é e continuará a ser, isto é, coisa nenhuma em Direito, antes e depois da declaração de sua inconstitucionalidade. Tal declaração nada altera ou modifica o seu estado: não é em virtude de se declarar uma coisa inexistente que ela passa a não existir. Assim, pois, a conclusão do parecer nº 42 continua de pé: um ato inconstitucional é um nada jurídico, uma nulidade com aparência, apenas, de realidade e de existência.⁹⁶

Pontes de Miranda, inspirado nos doutrinadores germânicos, notadamente em Kelsen, nega o caráter declaratório da ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Para ele, tal ação é constitutiva negativa:

Para que a decisão positiva sobre inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou tribunal diria: “Não existe”, e

⁹⁵ BUZOID, A. *Da ação direta*, p. 126.

⁹⁶ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. I. p. 440.

a eficácia seria a de toda decisão declarativa.⁹⁷

O art. 119, I, *I*, estabeleceu, pela primeira vez, a ação constitutiva negativa por inconstitucionalidade, *in abstracto* (...).⁹⁸

Na mesma linha, Kelsen, o ilustre fundador da Escola de Viena:

(...) dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável. Mas essa anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica, em regra, somente é anulada com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou para trás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declaratório, mas constitutivo.⁹⁹

Na mesma corrente, ainda, Calamandrei:

A lei ilegítima é anulada *ex nunc*, com um pronunciamento que tem a mesma eficácia constitutiva e inovadora que teria uma lei nova, que a modificasse ou a ab-rogasse de hoje em diante. A lei constitucionalmente ilegítima não é, portanto, segundo o art. 136 da Constituição, uma lei inexistente ou absolutamente nula desde o princípio; é uma lei existente e válida, enquanto não intervém a decisão da Corte Constitucional para anulá-la.¹⁰⁰

⁹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Coments. à Constituição Federal de 1946*. 2. ed. v. 5º. p. 292 e segs.

⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Coments. à Constituição de 1967 com a Em. nº 1-69*. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1970. Tomo IV. p. 44.

⁹⁹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 367-8.

¹⁰⁰ *In La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Pádua, 1950. p. 72. Nesse sentido, ainda, precioso estudo de Edoardo Garbagnati, intitulado “Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale”, *in Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1974, p. 216-7.

Portanto, para os defensores dessa linha de pensamento, à qual se filia Pontes de Miranda, a lei, antes de ser declarada inconstitucional, existe e é válida, produzindo todos os efeitos de uma lei normal. Uma vez declarada a sua inconstitucionalidade, os efeitos de tal declaração só se produzirão *ex nunc*, resguardando-se os atos e efeitos anteriores a tal declaração, uma vez que existiam e eram válidos.

5.2 POSIÇÃO DE ALFREDO BUZAIID: DECLARATÓRIA

O Professor Alfredo Buzaid sustenta ser a natureza da ação direta de declaração de inconstitucionalidade declaratória, filiando-se à tradição do Direito Constitucional norte-americano.

Diz o saudoso jurista, *verbis*:

Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei adversa à Constituição é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.¹⁰¹

De conformidade com esse pensamento, Rui Barbosa traz à colação uma decisão de 1725, do juiz Paterson, no estado de Filadélfia, em que ele rejeitou uma lei do Congresso por ser contrária à Constituição:

A Constituição é a lei suprema; sua dignidade prevalece à da legislatura; só a autoridade, que a fez, poderá mudá-la; o Poder Legislativo é criatura da Constituição; deve à Constituição o existir; recebe os seus poderes de Constituição; e, pois, se os atos dele não conformam com ela, são nulos.¹⁰²

Em suma, sustentam esses autores que a lei inconstitucional é nula *ab initio* e, como salientou o Min. Buzaid, “não tem nenhuma eficácia desde o seu berço e não adquire jamais com o decurso do tempo”, entendimento esse filiado ao pensa-

¹⁰¹ BUZAIID, A. *Da ação direta*, p. 128-129.

¹⁰² BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais*, p. 26-27.

mento dos constitucionalistas norte-americanos, ou seja, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroagem ao “nascimento” da lei.

6. DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM TESE

6.1 UMA VEZ DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI EM TESE, QUE EFEITOS PRODUZ TAL DECLARAÇÃO?

Seguindo a tradição dos grandes constitucionalistas americanos, a maioria dos nossos publicistas entende que uma lei inconstitucional é nula, é um “nada” jurídico. Essa é a lição dos juristas clássicos como Rui Barbosa, Francisco Campos, Alfredo Buzaid, Castro Nunes e outros.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, tal declaração retroage, abrangendo todos os atos praticados na sua vigência. Nesse sentido é o magistério do Min. Buzaid: “A decisão do Supremo vale como *lex specialis*, com eficácia *erga omnes*”.

Mais adiante, anota:

A eficácia do julgado é retroativa, abrangendo todos os atos praticados sob o império da lei declarada inconstitucional. Declarada a inconstitucionalidade, o efeito da sentença retroage *ex tunc* à data de publicação da lei ou do ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado; ou, em outros termos, considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula.¹⁰³

Caso contrário, fossem considerados válidos esses atos, ocorreria a situação prevista por Francisco Campos:

Se se considera, com efeito, que um ato inconstitucional da legislatura é lei ou poderia haver, sequer um momento, existi-

¹⁰³ BUZAID, A. *Da ação direta*, p. 137-138.

do como lei, duas consequências importantes se seguiriam de tal premissa, ambas inadmissíveis em princípio e em princípio condenadas pelo nosso sistema de governo. A primeira seria de que os tribunais, ao declararem inconstitucional um ato da legislatura, exerceriam verdadeira prerrogativa de veto ou de anulação dos atos de um poder coordenado e não subordinado; e a segunda consequência seria que somente depois de declarada inconstitucional uma lei é que ela deixaria de ser válida.¹⁰⁴

Kent, o grande comentador da Constituição norte-americana, leciona: “Todo ato do Congresso, todo ato das assembleias dos Estados, toda cláusula das constituições destes que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos são necessariamente nulos”.¹⁰⁵

Castro Nunes vai ao ponto de afirmar que a lei declarada inconstitucional “está ferida de morte”.¹⁰⁶

Dessa forma, de acordo com o pensamento constitucional predominante, uma lei inconstitucional não chega jamais a adquirir essa condição, é nula e não obriga ninguém. Consequentemente, os efeitos de tal declaração retroagem à data da sua publicação, sendo nulos os atos praticados sob sua vigência.

O Professor Francisco Campos equipara ao conceito de inconstitucionalidade as mesmas consequências da nulidade de pleno direito:

(...) do conceito de inconstitucionalidade, o qual implica as mesmas consequências da nulidade de pleno direito, consequência tal magistralmente expostas por Laurent nestas palavras: “Um ato é inexistente quando não reúne as condições sem as quais não pode ser concebido, de sorte que o ato não pode ser concebido, de sorte que o ato não tem senão uma existência aparente; na realidade, nada foi feito, pois o que foi feito não existe aos olhos da lei. O nada não pode produzir efeito; o ato é nulo em virtude da lei, sem que seja necessário

¹⁰⁴ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, v. I, p. 437.

¹⁰⁵ KENT, James. *Commentaries on American Law*. 12. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1873. v. I. p. 449-450.

¹⁰⁶ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 588.

pedir-se a sua nulidade”. Pois bem, todos esses caracteres da nulidade de pleno direito se aplicam literalmente à inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Governo.

Mais adiante, continua o insigne jurista:

Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou a lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido.¹⁰⁷

Idêntica é a posição de Anhaia de Mello: “Lei inconstitucional é nada, é caricatura jurídica, portanto sem efeitos jurídicos, de nenhuma espécie”.¹⁰⁸

É manifesto, porém, que a doutrina da pretendida nulidade *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, de forma sumária, por simples obra de uma decisão judicial.

Nesse sentido, os Tribunais têm encontrado meios para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar.

Certamente inspirado na jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, o Legislativo, recentemente, editou a norma constante no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Ao comentar o alcance do mencionado dispositivo legal, assinala o eminente jurista Teori Albino Zavascki, em sua já consagrada obra *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, editora Rev. dos Tribunais, 2001, p. 49-50, *verbis*:

Essa doutrina, que afirma a nulidade da norma inconstitucional e a natureza declaratória da sentença que a reconhece, não fica, de modo algum, comprometida com a regra constante do art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999, segundo a qual, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria

¹⁰⁷ CAMPOS, F. Op. cit., v. I, p. 429-430.

¹⁰⁸ MELLO, José Anhaia de. Controle da constitucionalidade das leis. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 20. p. 258.

de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por “razões de segurança pública ou de excepcional interesse social”. Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está assumindo a função de “legislador positivo”, criando uma norma – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz.

Não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometidora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional. *Mutatis mutandis*, é justamente esse o quadro suposto pelo art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; de outro, o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera ser mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras. O Supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999, faz juízo de valor sobre fatos já passados.

Aliás, mesmo antes do advento do referido dispositivo, o Su-

premo já decidira naquela linha de orientação: em nome de princípios constitucionais que considerou prevaletentes nas circunstâncias do caso, manteve efeitos pretéritos originados de norma reconhecidamente inconstitucional.

E, adiante, faz referência o eminente Magistrado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Assim, em julgados de 1986 e 1993, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade das normas de que se originaram, o Supremo manteve, assim mesmo, vantagens auferidas por magistrados, porque entendeu que a recomposição da situação irregular importaria comprometimento do princípio da irreduzibilidade de vencimentos. (STF, RE 105.789, 2ª Turma, Ministro Carlos Madeira, RTJ 118:300; RE 122.202, 2ª Turma, Ministro Francisco Rezek, DJ de 08.04.1994)¹⁰⁹

Nesse sentido, ainda, o ensinamento do saudoso Ministro João Leitão de Abreu, em sua obra *A validade da ordem jurídica*, Livraria do Globo, 1964, p. 162-3, *verbis*:

Certas situações, criadas em razão da norma inconstitucional, são, por isso, às vezes, reputadas intangíveis, apesar de se dar pela inconstitucionalidade da lei. A mesma tutela que a ordem jurídica, em determinados casos, confere ao ato aparente, na órbita do direito privado, é estendida, desta sorte, pela doutrina que não qualifica como nula e nenhuma a lei inconstitucional, ao ato desconforme com a Constituição. Múltiplos são os argumentos que se alinham para defender o princípio de que cumpre proteger certos efeitos, produzidos pelo ato irregular ou viciado. Alega-se, na ordem privatista, entre outras razões, que é imperioso proteger-se a boa-fé dos que tiveram como perfeito ou regular o ato que se veio a declarar nulo. Raciocina-se, no direito público, com a presunção de legitimidade dos atos que, nessa esfera, são emanados.

Quaisquer que sejam, porém, as explicações articuladas, a verdade é que, no fundo, são todas influenciadas, conscientemente ou não, pela ideia de que os fatos, em virtude da sua própria energia, impõem-se ao reconhecimento da ordem jurídica. Se é indiscutível que esta, pelas injunções normativas, influi nos comportamentos, sujeitando-os aos seus esquemas, é irrecusável, por outro lado, que os próprios comportamen-

¹⁰⁹ Op. cit., p. 50, nota 29.

tos, reagindo, por vezes, contra as pautas, que lhes são prescritas pela ordem jurídica, seguem o seu próprio caminho, indiferentes às diretrizes que esta lhes assina. Pode a ordem jurídica, sem dúvida, hostilizar esses comportamentos e até perseguir, com medidas drásticas, os seus protagonistas. É o sistema jurídico levado, no entanto, a admitir-lhes como criadores de situação que merece tutela, quando a negativa de proteção for prejudicial à tranquilidade da ordem, que o direito, antes de tudo, quer garantir nas relações sociais. Nesse caso, a proteção da ordem jurídica não lhes é dispensada porque tenham sido os indivíduos, nos seus comportamentos, autorizados a criar tais situações, mas porque estas, pela sua própria energia, forçaram o sistema jurídico a admitir-lhes os efeitos. As normas jurídicas instituídas de maneira irregular não tiram, pois, a sua eficácia de habilitação recebida pelo órgão que as editou para desviar-se das regras estabelecidas, de modo expresso, no direito positivo, quanto ao desempenho da sua atividade. A sua eficácia jurídica resulta, antes, dos próprios fatos, não sendo impróprio afirmar-se, para usar a expressão romana, que o direito, nessa hipótese, é criado *rebus ipsis et factis*.

Nesse mesmo rumo inclinam-se os seguintes autores: C. A. Lúcio Bittencourt, in *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed., Forense, 1968, p. 148-9; Gilmar Ferreira Mendes, in *Controle de constitucionalidade*, Saraiva, 1990, p. 279-280; Marilisa D'Amico, in *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1993, p. 125 e seguintes; Maurice Hauriou, in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil D'État et du Tribunal des Conflits*, Sirey, Paris, 1929, Tomo 2º, p. 105 e seguintes.

Outra não é a lição recolhida no direito norteamericano, consoante se constata da leitura do *Corpus Juris Secundum*, West Publishing CO., St. Paul, Minn., 1984, v. 16, p. 359, § 108, *verbis*:

This general rule, however, has been greatly modified, is not to be applied in all cases, is not absolutely or universally true, and there are various exceptions thereto. It has been stated that it is affected by several other considerations, that a realistic approach has been eroding this doctrine, that such

broad statements must be taken with qualifications, that even an unconstitutional statute is an operative fact, at least prior to a determination of constitutionality, and may have consequences which cannot justly be ignored.

Essa, também, é a jurisprudência dos Tribunais dos Estados Unidos da América, conforme notícia Oliver P. Field, em sua clássica monografia *The effect of an unconstitutional statute*, University of Minnesota, Minneapolis, 1935, p. 2, *verbis*:

In some instances all courts, federal and state, decide by giving effect to unconstitutional statutes, and giving effect to them directly, as such, for the case under consideration; in other instances all courts agree that effect shall be given to such statutes by use of other legal rules or doctrines, such as estoppel, de facto, or clean hands in equity.

Ao proferir o seu voto quando do julgamento da Reclamação nº 173-DF (Pleno), disse o eminente Min. José Néri da Silveira, *verbis*:

É indiscutível tratar-se de problema melindroso o que se refere à proteção de certos efeitos decorrentes do cumprimento de leis inconstitucionais. Opõem-se, nesse sentido, restrições à regra de que a lei inconstitucional é nula *ab initio*, ou, como também se expressou, entre nós, a fórmula, *null and void*, irrita e nenhuma. É entendido, nesse particular, que, embora infringente da Constituição, o ato legislativo assim marcado é um fato eficaz (*it is an operative fact*). Estabeleceu-se, segundo certa corrente doutrinária, que, “assim como, em direito privado, se protege o ato jurídico, em cuja engendração se insinuou algum vício, mantendo-se-lhe, em parte, os efeitos produzidos, malgrado a sua anulação pelo órgão judiciário”, no plano do direito público, igual providência cabe quanto ao ato inconstitucional. Da mesma maneira como se há de tutelar, na esfera do direito privado, em determinados casos, o ato aparente, entende a doutrina, que não qualifica como nula e nenhuma lei inconstitucional, que importa seja estendida aos atos em desconformidade com a Constituição igual proteção. Se, na ordem privatista, dentre outras razões, argúi-se a necessidade de proteger a boa-fé dos que tiveram como perfeito ou regular o ato que se veio a declarar nulo, no direito público, raciocina-se com a presunção de legitimidade dos atos

que, nessa esfera, são emanados.¹¹⁰

Noutro passo, conclui o ilustre Magistrado, *verbis*:

De outra parte, se é certo que os atos administrativos podem ser anulados pela própria autoridade que os praticou, ou de maior graduação, quando contrários à Constituição ou à lei, conforme amplamente examinou esta Consultoria-Geral, em seu Parecer nº 7, de 24 de julho de 1965, publicado no Diário Oficial do Estado, edição de 24 de setembro de 1965, não menos exato é que, segundo esse princípio, há limites ao poder de revisão do ato administrativo pela própria Administração. A par do direito adquirido de terceiro, a necessidade de o Estado garantir clima de segurança nas relações sociais e na ordem jurídica, a presunção de legitimidade dos atos da Administração, robustecida notadamente pelo transcurso de longo trato de tempo, desde a prática do ato inquinado de vício, aconselham a manutenção de situações jurídicas novas decorrentes de atos embora contaminados de ilegalidade ou inconstitucionalidade, e, pois, a sua não decretação de insubsistência.¹¹¹

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados (RE nº 85.179-RJ, rel. Min. Bilac Pinto, *in* RTJ 83/921).

A respeito, ainda, precedente do Eg. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

EMENTA: – RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO.

Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.

Recurso Extraordinário provido em parte (STF – 2ª Turma – RE 122202-6-MG, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de

¹¹⁰ *In* RTJ 131/29.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 30.

08.09.94)

Em alentado parecer, rememorando a jurisprudência da Corte Suprema, ponderou o saudoso Ministro Carlos Thompson Flores, *verbis*:

Concluo, pois, como juridicamente inviável o procedimento do qual se valeu a douta Procuradoria-Geral da República, Reclamação, por sua manifesta inidoneidade jurídica, pretendendo com ela desconstituir os atos administrativos, quais sejam, promoção de juízes.

6. Quando, porém, se viesse a desprezar a fundamentação antes deduzida, o que se faz, simplesmente, para argumentar, sem, contudo, consentir, não teria a Reclamação força suficiente para atender a pretensão nela formulada.

É que situação invencível obstaría o êxito do procedimento.

Refiro-me a fato novo e relevante que ocorreu antes do deferimento da liminar concedida por seu eminente Relator, o qual não constou do pedido: os magistrados promovidos não somente tomaram posse nos cargos para os quais tiveram acesso, mas entraram em exercício e participaram, como desembargadores, de vários julgamentos.

Titulares dos cargos em questão e forrados pela garantia maior que a Constituição lhes assegura (art. 95, I) – a vitaliciedade –, somente poderiam deles ser despojados por meio de "sentença judiciária, transitada em julgado" (Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, For., 1943, p. 100).

7. Quiçá se pudesse argumentar que nulos seriam os atos de promoção em comentário porque fundados em critério reconhecido como inconstitucional pela Corte Suprema.

7.1. Ainda assim, não reconheço que o julgado do Excelso Pretório, porque proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade, se projete sobre as situações jurídicas individuais já constituídas.

7.2. É conhecida a doutrina a respeito dos efeitos das decisões proferidas em tais procedimentos. O ilustre Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes, em sua preciosa monografia – *Controle de constitucionalidade*, Saraiva, 1990 –, com clareza versa o assunto, invocando, também, julgados do Supremo Tribunal Federal. Deles destacou o RE nº 79.343, do qual foi Relator o eminente Ministro Leitão de Abreu, transcrevendo parte de seu substancioso voto (RTJ, 82/795 e segs.).

No mesmo sentido os julgados proferidos no RE nº 78.594 (RTJ, 71/570) e no RMS nº 17.976 (RDA, 105/111-13).

É possível, pois, reconhecer que a jurisprudência, ainda que atribua efeitos *ex tunc* e *erga omnes* a tais decisórios, aplica-os com temperamentos, sensível a situações especiais verificadas.

7.3. A propósito, convém lembrar alentado parecer emitido pelo conhecido constitucionalista José Afonso da Silva, publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, nºs 13/15, 513/36.

Versa sobre promoção de juízes em desatenção à disciplina prevista na Constituição. Embora admitindo que os atos de acesso fossem nulos, opinou contrariamente ao seu desfazimento. E invoca, para tanto, dois julgados do Supremo, de um dos quais me tornei Relator. Refiro-me ao RMS nº 18.170, de Sergipe, apreciado pela extinta 3ª Turma, em 19.04.68 (RTJ, 47/81-7).

Em ambos, ainda que atendidos os magistrados preteridos com promoções efetivadas em desatenção ao critério estatuído pela Constituição, não os invalidaram, todavia.

Reconhecendo o acerto de tais julgados, assim conclui o douto parecerista:

“A primeira solução (refere-se àquela adotada no RMS 18.170, o qual assegurou, ao magistrado preterido, o direito à disponibilidade, caso não fosse recusado, mantido, no exercício do cargo no qual se encontrava, o juiz mal provido, já integrando a composição do TJ) é, sem sombra de dúvida, a mais razoável, porque satisfaz o princípio da legalidade, reparando o direito violado, sem criar situação embaraçosa para o magistrado antes nomeado. Apesar de tudo, deve-se evitar o retorno ao *status quo ante* (...).”

A propósito, anota Paul Roubier, in *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, p. 241-2, *verbis*:

“*Selon les règles de la pure logique juridique, la nullité du titre juridique, dès qu'elle est reconnue, doit entraîner la suppression de tous ses effets, par conséquent non seulement la disparition de la situation dans l'avenir et l'arrêt de ses effets à partir de ce moment, mais encore la disparition rétroactive de tous les effets qu'on en avait déjà tirés: quod nullum est, nullum producit effectum. Cependant le jeu de cette rétroactivité peut avoir des conséquences très graves pour les*

tiers, qui ont toujours paru difficiles à supporter.”

E, à p. 243, acrescenta, *verbis*:

“Quant aux remèdes que le droit a prévus pour régler le sort des situations apparentes, ils consistent généralement dans la suppression, ou la limitation, de l’effet rétroactif de la nullité. L’annulation de l’acte n’atteint plus ses effets dans le passé, mais seulement pour l’avenir, à la manière dont la dissolution fait disparaître un contrat seulement in futurum.”

8. Para encerrar o assunto, não me posso furtar de transcrever a observação de Gilmar Mendes, autor da monografia citada, tendo presente o decidido no RMS nº 17.976, também já considerado antes, p. 280, Nota 20, por sua perfeita adequação:

*“Esse exemplo parece demonstrar que a doutrina da nulidade ex tunc contempla temperamentos, tendo em vista critérios de segurança jurídica. Essa limitação de efeitos mostra-se possível em virtude da autonomia jurídica dos atos individuais, o que enseja uma diferenciação entre a validade da lei e a do ato individual. Tais considerações permitem uma disciplina legal dos efeitos da nulidade, seja mediante a adoção de fórmulas de preclusão, seja por meio de expressa regulamentação das consequências jurídicas da nulidade.”*¹¹²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui uma das técnicas mais apuradas de controle de constitucionalidade de leis, superando, inclusive, o direito norte-americano, que lhe serviu de modelo e inspiração na Carta de 1891.

Por outro lado, a importância do mecanismo de controle de constitucionalidade das leis, notadamente via ação direta, é tão manifesta que o próprio direito norte-americano, que não admite impugnação à lei em abstrato, assim se manifestou, por meio de sua Corte Suprema, no caso *Pierce v. Society of Sisters*: “considerou-se que o pleito não era prematuro, mesmo não chegada, ainda, a data da vigência da lei. O prejuízo existia e era muito real, não era simples possibilidade em um futuro

¹¹² In *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 56, p. 172-3.

remoto. Se não fora possível conseguir um remédio antes da vigência da lei, o dano se teria tornado irreparável”.

Como dizia o insigne juiz norte-americano Benjamin Cardozo, utilizando expressão familiar, “deixa-se que os demandantes chorem antes de sentir a dor”.

A introdução, no ordenamento constitucional, do controle em abstrato, com as características advindas da promulgação da Emenda Constitucional nº 16/65 e os aperfeiçoamentos promovidos pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988, acarretou um considerável avanço nas nossas instituições jurídicas, uma vez que, agora, pode-se impugnar a lei enferma antes mesmo que ela possa produzir os seus efeitos ruinosos, muitas vezes de consequências irreparáveis. Trata-se, portanto, de instituto processual constitucional de comprovada e manifesta aceitação.

No que diz respeito ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade foi, no dizer de um dos seus membros mais ilustres, o saudoso Ministro Gonçalves de Oliveira, o mais importante poder conferido pela Constituição de 1967 àquela Egrégia Corte.

Realmente, a Constituição torna-se um instrumento vago e ineficaz quando não há um órgão que a garanta contra a tentativa de edição de normas inconstitucionais por parte do Legislativo, alterando ou ferindo os seus princípios basilares, como oportunamente lembra Neil Maccormick, quando escreve:

Obstacles to abuses of power can never be absolute guarantees that all such abuses can be prevented, nor that all abusers will repent of what they do. One can say with confidence, however, that no state is properly counted as a law-state unless it succeeds in erecting genuine obstacles to abuse of power and then observes both the internally-determined boundaries and those that can also be subject to adjudication from without.

*Legal power is never unlimited power.*¹¹³

A Constituição de 1946 facultava ao Supremo Tribunal Federal o exame de ato estadual eivado de vício de inconstitucionalidade, com a finalidade de ser decretada a intervenção federal.

Na atual Constituição, que aperfeiçoou o mecanismo de controle de constitucionalidade via ação direta, pode-se, em qualquer caso de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, promover o ajuizamento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, desde o advento da Emenda Constitucional nº 7/77, é possível a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, suspendendo-se desde logo a lei ou o ato normativo arguido de violação à Constituição, reforçando-se, mais uma vez, a utilidade desse instituto na proteção dos direitos e das garantias dos cidadãos.

Com efeito, com o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional, sobretudo a partir de 1945, com o término da 2ª Grande Guerra, o controle de constitucionalidade visa, primordialmente, a preservar os direitos fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, o testemunho de Jacques Robert, membro do Conselho Constitucional da França nos anos de 1989 a 1998, *verbis*:

*Non point qu'il mésestimât en quoi que ce soit les autres compétences du Conseil constitutionnel, mais il avait l'intime conviction que sa mission essentielle était de protéger les libertés publiques et les droits de la personne contre les emballements, toujours à craindre, de Chambres trop puissantes ou mal inspirées.*¹¹⁴

Por esses motivos, convém recordar as sábias palavras do *Justice* William Douglas, *verbis*:

In our Constitution we embodied a continuing determination to live and to govern ourselves free of domestic as well as

¹¹³ *In Institutions of Law: an essay in Legal Theory*. Oxford University Press, 2012. p. 205.

¹¹⁴ *In La Garde de la République*. Paris: Plon, 2000. p. 122-3.

*foreign tyrants. For that reason the Constitution is not a dusty, obsolete historical document. It is the heart of our life as a nation even if we sometimes take it as much for granted as the air we breathe.*¹¹⁵

A Carta de 1988, ao alargar o arsenal de opções na guarda e na proteção dos direitos fundamentais, preservando e procurando aprimorar a rica experiência brasileira de controle de constitucionalidade das leis, ampliou-lhe a sua eficácia, tornando o modelo brasileiro o mais perfeito no hemisfério ocidental, como salientou em certa oportunidade o saudoso Professor Miguel Reale.

A concepção de se atribuir ao Poder Judiciário a competência para negar aplicação às leis por ele reconhecidas como contrárias à Constituição, uma criação original do direito constitucional norte-americano, hoje espalhou-se pelo mundo civilizado, constituindo-se em um mecanismo de defesa da democracia e na melhor maneira de se cultivar aquele sentimento que o *Justice* Hugo Black tão afortunadamente denominou “*a constitutional faith*”¹¹⁶.

O festejado *Justice* Robert Jackson, insigne e respeitado mestre de Direito Constitucional, ao advertir os constituintes franceses que estavam a elaborar a Constituição de 1946, observou, *verbis*:

Os juristas de todos os países sabem que, na realidade, só há duas alternativas para a forma de governo de um povo: a lei ou então a vontade de um homem ou um grupo. A lei, como

¹¹⁵ *In A Living Bill of Rights*. New York: Doubleday, 1961. p. 10.

¹¹⁶ *In A constitutional faith*. New York: Alfred A. Knopf, 1968. p. 64-6. Nesse sentido, confirmam-se, ainda, as seguintes obras: JACKSON, Robert H. *The Supreme Court in the american system of government*. Cambridge: Harvard University Press, 1955. p. 80-3; HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 129 e seguintes; ZUCK, Rudiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. 3. ed. München: C.H. Beck, 2006. p. 104 e seguintes; DELMAS-MARTY, Mireille; LEYSSAC, Claude Lucas de. *Libertés et droits fondamentaux*. 2. ed. Paris: Seuil, 2002. p. 9-31; FAVOREU, Louis (org.). La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, avril-juin 1981, p. 659-671.

expressão da vontade suprema e da sabedoria de um povo, provou ser, até agora, a melhor guardiã da liberdade. Creio que o nosso sistema jurídico e judicial deu uma contribuição valiosa e duradoura à ciência do governo legal. Recomendo-o à vossa atenção, não por pensar que seja perfeito, mas por ser um esforço honesto, no sentido de atender às aspirações de liberdade e bem-estar geral que são uma herança comum ao vosso povo e ao meu.¹¹⁷

Com efeito, dentre os princípios básicos que a Constituição de 1988 defende e impõe aos órgãos do Estado figuram a forma republicana representativa, a independência e a harmonia dos poderes e o absoluto respeito aos textos e aos princípios constitucionais, aí incluídos os Direitos Fundamentais, pois a sua violação autoriza a decretação da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Calha, por fim, a lição dos Professores Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, quando escrevem:

Como parte da Constituição, os direitos fundamentais ocupam uma posição hierárquica superior em face da lei ordinária (*Gesetzesrecht*) e do direito da Administração (regulamentos jurídicos, regulamentos autônomos), juntamente com todos os atos concretos dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso significa que todo o direito infraconstitucional, incluindo os atos concretos nele baseados, tem de pautar-se pela Constituição. Sempre que não seja compatível com uma norma constitucional, especialmente com uma norma de direitos fundamentais, é inconstitucional e, por via de regra, nulo.¹¹⁸



¹¹⁷ In *The Supreme Court in the American System of Government*. Cambridge: Harvard University Press, 1955. p. 27.

¹¹⁸ In *Grundrechte Staatsrecht*. v. II. 25. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 1-2, § 5, nº II.