

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

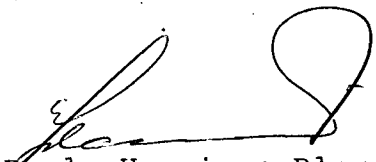
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O JUDICIÁRIO

Dissertação a ser submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do grau de Mestre em Ciências Humanas - Especialidade: Direito.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - Especialidade: Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação.



Prof. Paulo Henrique Blasi  
Coordenador e Orientador

Apresentada perante a banca examinadora composta dos professores:

Paulo Henrique Blasi

Clovis de Souto Goulart

Oswaldo Ferreira de Melo

## AGRADECIMENTO

Os melhores agradecimentos aos Professores do Colegiado e funcionários do Curso de Pós-graduação em Direito, com destaque ao Professor Osvaldo Ferreira de Mello, Orientador de Curso e Paulo Henrique Blasi, Orientador de Dissertação.

Aos queridos pais, Francisco e Maria Emília, que carinhosamente infundiram-me o hábito do trabalho.

À Marília, minha esposa, que sempre incentivou a conclusão do Mestrado.

Aos meus filhos, Francisco José, Maria Emília, Maria Beatriz e Maria Fernanda, como exemplo de dedicação ao estudo.

ÍNDICE

|      |   |     |
|------|---|-----|
| I    | - INTRODUÇÃO.....   | 1   |
| II   | - ASPECTOS DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ESTADO.....  | 5   |
|      | Conceito de Estado.....   | 12  |
|      | A separação dos Poderes.....  | 17  |
|      | A função jurisdicional.....   | 26  |
| III  | - SURGIMENTO DAS CONSTITUIÇÕES.....   | 31  |
|      | Classificação das Constituições.....  | 43  |
|      | A superlegalidade constitucional.....   | 47  |
|      | A defesa da ordem constitucional.....   | 50  |
|      | Sistemas de controle da constitucionalidade das leis:                                     |     |
|      | Através de um órgão político.....   | 52  |
|      | Através de um órgão jurisdicional comum.....  | 56  |
|      | Através de um órgão jurisdicional especial.....   | 67  |
| IV   | - AS MANIFESTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....  | 70  |
|      | Procedimentos de controle da constitucionalidade.....                                     | 75  |
|      | Os modos de controle repressivo.....  | 77  |
|      | Representação de inconstitucionalidade.....   | 85  |
|      | Legitimidade ativa para a ação direta.....  | 88  |
|      | A resolução suspensiva e seus efeitos jurídicos.....                                      | 99  |
|      | O controle na inconstitucionalidade da lei municipal... 105                               |     |
| V    | - ASPECTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE NO PODER LEGISLATIVO<br>EM SANTA CATARINA.....        | 115 |
| VI   | - O ALCANCE RESTRITO DA MEDIDA CAUTELAR NA REPRESENTAÇÃO<br>DE INCONSTITUCIONALIDADE..... | 119 |
| VII  | - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inexistência do<br>contraditório.....             | 125 |
|      | Possibilidade de invocar-se a assistência.....  | 129 |
| VIII | - EMPREGO DO MANDADO DE SEGURANÇA FRENTE À INCONSTITUCIO-<br>NALIDADE.....                | 132 |

|   |     |
|---|-----|
| IX - O CONTROLE DAS NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS PELO DECRE <u>TO</u> -LEGISLATIVO.....     | 136 |
| X - A INCONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO POPULAR.....  | 142 |
| XI - CABIMENTO DO <u>HABEAS CORPUS</u> NO CONTROLE REPRESSIVO DA INCONSTITUCIONALIDADE..... | 147 |
| XII - DA ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL.....                                     | 153 |
| XIII - CONCLUSÕES.....  | 157 |
| XIV - BIBLIOGRAFIA.....   | 163 |

RESUMO

A Constituição é caracterizada por princípios fundamentais de ordem política, econômica, social e jurídica, limitando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, embora assegurando-lhes a interdependência e harmonia.

É muito compreensível, portanto, o interesse que desperta no campo do Direito.

A inconstitucionalidade, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, enseja a pesquisa e discussão de vários pontos controversos, colocados nesta dissertação a partir da origem e evolução do Estado, bem como do surgimento das Constituições e funcionamento do princípio da supremacia constitucional, ao lado do mecanismo controlador da validade das leis.

Em razão disso, após ligeiro apanhado histórico, declaramos nossa adesão ao sistema de controle vigente no País, calçado na forma incidental e na ação direta de inconstitucionalidade, exercitáveis perante o Supremo Tribunal Federal, Tribunais e juízes de primeiro grau.

Suscitamos dúvidas e questionamos muitos aspectos da técnica da declaração de inconstitucionalidade, aduzindo, afinal, várias sugestões para aperfeiçoá-la.

RÉSUMÉ

La Constitution est caractérisée par des principes fondamentaux d'ordre politique, économique, social et juridique, limitant les pouvoirs Exécutif, Législatif et Judiciaire, et en leur assurant cependant l'interdépendance et l'harmonie.

C'est donc très compréhensible l'intérêt qu'il éveille dans le domaine du Droit.

L'inconstitutionnalité, contrairement à ce qu'elle peut paraître à première vue, favorise la recherche et la discussion sur plusieurs points controversés, mis dans cette dissertation à partir de l'origine et l'évolution de l'état aussi bien que de l'apparition des Constitutions et le fonctionnement du principe de la suprématie constitutionnelle, à côté d'un mécanisme contrôleur de la validité des lois.

En raison de cela, à la suite d'une brève étude historique, nous déclarons notre adhésion au système de contrôle actuel du Pays, basé dans la forme incidentale, et dans l'action directe d'inconstitutionnalité, de compétence du Suprême Tribunal Fédéral, Tribunaux d'appel et les juges de première instance.

Nous suscitons des doutes sur beaucoup d'aspects de la technique de déclaration d'inconstitutionnalité, en donnant beaucoup de suggestions pour perfectionner ce système.



## I. INTRODUÇÃO

## INTRODUÇÃO

O tema abordado, pela sua irrecusável importância, está ligado à institucionalização da democracia brasileira, revigorada pelas eleições de 15 de novembro de 1982, tida como um dos momentos mais significativos deste período. É que permitiu — e a recente posse dos novos governadores reforça o argumento — estabelecer nos Estados lideranças representativas de forças políticas divergentes do partido detentor do governo federal.

O fato, apesar de politicamente normal, no caso, é expressivo, consolidando um processo de abertura política, que ainda reclama, a nosso ver, providências complementares. Uma Assembleia Nacional Constituinte é inevitável, pela urgência de reequacionar-se a ordem jurídica, a par de melhor declarar a vontade do nosso povo. Afonso Arinos<sup>(1)</sup> defende esse ponto de vista, enquanto a Universidade Federal de Santa Catarina se propõe a debater, conforme conclamação de seu Reitor<sup>(2)</sup>, importantes assuntos, tais como a economia brasileira, a realidade latino-americana, uma nova Constituição para o Brasil, os direitos humanos, os direitos da mulher, a defesa do consumidor, a educação como prioridade nacional e, especialmente, a revisão da reforma universitária.

A preocupação de uma nova Constituição para o Brasil emerge de diversos segmentos da sociedade, notadamente na camada

---

1. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Veja - Revista Semanal de Informações, nº 757, São Paulo, de 09/MAR/1983.

2. BAYER, Ernani. Conclamação "À Comunidade Universitária", março de 1983.

dos profissionais ligados ao Direito. É que "o jurista é o anti-ideológico por excelência, já que sua postura de jurista é acima de tudo uma postura crítica, em face do direito vigente. Se, mesmo na ciência, há um sentido positivo de evolução, pois toda a teoria científica é sempre provisória, está destinada a ser substituída por outra melhor, que dizermos então do direito e dos demais fenômenos ligados à vida social? Não deve haver nenhum complexo de inferioridade do jurista, pelo fato de que o direito está em crise. A crise do direito é da própria essência da juridicidade, pois sempre existe a possibilidade de um direito melhor; basta então que a construção do direito positivo seja sempre a tentativa de um direito justo, como já assevera Stammler. E assim, tal como na ciência, o direito vigente está sempre destinado a ser substituído por um direito melhor. E aí entre o papel do jurista, destinado a criar o direito que seja cada vez mais perfeito." (3)

Ocorre que, na atualidade brasileira, um dos problemas delicados é a posição da federação. Ela é, substancialmente, um sistema hierarquizado de competências, em que a unidade federada tem atribuições diversas da União, em funcionamento articulado e convergente, sem o cunho centralizador de hoje, responsável, em parte, pelas dificuldades enfrentadas pelos Estados e municípios, no exercício debilitado das respectivas autonomias.

Os poderes afetados rejeitam as contradições existentes, sobressaindo, nesse contexto, o Poder Legislativo a cada

---

3. COELHO, Luiz Fernando. Rev. Seqüência, ano I, nº 1, 1º semestre, 1980; Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, p. 83-84.

dia mais sequioso de aumentar a sua participação no sistema de iniciativa das leis e ampliar a área de fiscalização da coisa pública, buscando ajustar-se às necessidades do Estado contemporâneo.

Um novo instrumento de governo, para os parlamentares, significa a perspectiva do término desse quadro, absolutamente constrangedor.

O Poder Judiciário, em contrapartida, lutando com vigor e pertinácia para alargar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional na lesão de direito, vê a necessidade de sua reforma estrutural, como requisito de rapidização e eficiência do dever de administrar a Justiça. Tem analisado, por seus órgãos e associações, os acontecimentos, aspirações e faltas desta época, partindo dos juízes, avançando nos Tribunais e chegando à própria Suprema Corte. Questiona-se tudo, desde a celeridade na entrega da prestação jurisdicional, o alcance do atendimento, o custo do serviço para as partes envolvidas no litígio, o acesso aos Pretórios das classes menos favorecidas, a modernização dos diplomas legais, a qualidade do ensino jurídico ministrado, o sistema de seleção de pessoal em todos os níveis, a repercussão dos vencimentos no recrutamento de pessoal, enfim, uma série de aspectos suscetíveis de tornar o Poder Judiciário mais atuante.

A esperança de superar esses problemas, começa, sem dúvida, pela autorização constitucional, atribuindo autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário. E esse tema, por certo, aflorará numa Assembléia Nacional Constituinte.

Tratamos da "Inconstitucionalidade perante o Judiciário

rio" nesse quadro, repleto de incoerências. A raiz é a tripartição dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), mas a pesquisa é dirigida aos sistemas de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, primeiro, por um órgão político, depois, através de um Tribunal comum e, em seguida, por intermédio de um Tribunal especial.

Este assunto — sabidamente complexo — oferece muitos ângulos, exigindo para compreendê-lo algumas referências históricas, exame de textos legais e análise de elementos colocados em confronto.

Há, por isso mesmo, possibilidade de construir na zona lacunosa apontada nesta dissertação. Além de tudo, existem várias questões reclamando melhor tratamento.

Entretanto, estamos convencidos de que "será prudente e desejável que o direito continue sendo processo histórico para que a humanidade não desapareça diante das forças hostis ao próprio direito. Esse esforço para organizar as comunidades políticas, pertence ao direito, porque somente ele possui os instrumentos para a distribuição e a limitação do poder entre os indivíduos, o Estado e a sociedade. Fora do direito, as civilizações explicam, a história ensina, não há salvação possível." (4)

---

4. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O estruturalismo no direito vivo. Revista da Faculdade de Direito; Imprensa da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, ano 11, nº 11, p. 217.

## II. ASPECTOS DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ESTADO

### ASPECTOS DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ESTADO

O nome "Estado é originário do italiano, verdadeiro substitutivo da "polis" grega, com a sua fonte ligada à cidade de "Stato di Firenze"<sup>(5)</sup>. Os seus fundamentos, entretanto, remontam à Grécia, Roma e à época medieval, chegando à concepção de hoje com sucessivas e profundas transformações.

A proteção em caso de guerra, facilitada pela peculiar topografia grega, propiciou o surgimento de aldeias nas cercanias das montanhas e colinas, fortificadas para resistirem a ataques inimigos. A partir daí, nasceu a Cidade-Estado, com significado mais amplo do que o primitivo, representando a existência e o dever total do homem. O Estado era o instrumento de realização dos objetivos de seus membros, os quais deviam participar ativamente da política, e só seriam havidos como bons se fossem cidadãos exemplares.

O Direito, a Moral, a Economia e a Política estavam misturados na vida da "polis", constituindo, ademais, cada Estado grego uma Igreja, abarcando e obrigando a todos os cidadãos, pois o culto religioso e o Direito eram atribuições do Estado, que enleava os seus integrantes.

A evolução ocorreu, mas após a guerra com os persas, passando a liberdade a ser entendida no sentido individualista e não no de comunidade como até então. O ideal de liberdade e de

---

5. PINTO FERREIRA. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. São Paulo, Saraiva, 1962, tomo II, p. 593-594.

mocracia foi uma característica marcante do pensamento político desse período. (6)

As instituições romanas sofreram mudanças durante a evolução do poder em Roma, ajustando-se às influências políticas, geopolíticas, econômicas, sociais e militares, oscilando ao tempo dos reis, durante a República, no Império e sob inspiração cristãs e bárbaras.

Distinguiram, porém, sempre o Direito e a Moral, inclinando-se o Estado romano para a proeminência ao aspecto jurídico, embora consubstanciado na liberdade e igualdade dos homens. A fonte criadora da lei estava na vontade do príncipe. Quod regis placuit legis habet vigorem. Vinculavam a Constituição do Estado à sua estrutura orgânica, em que imperava o espírito de legalidade apoiado no bem geral da comunidade, pois a primazia era de ordem jurídica e não moral.

Nesse contexto, ambos, indivíduo e Estado, possuíam direitos e deveres determinados, com prioridade dos primeiros sobre a autoridade.

O Estado medieval tem características peculiares. É que durante a Idade Média, em consequência da queda do Império Romano do Ocidente e o início do Renascimento, o feudalismo predominou em grande parte. No século V, após os visigodos e vândalos invadirem o Império Romano do ocidente, o Poder centralizado foi extinto, o comércio decresceu e as cidades diminuíram

---

6. VASCONCELLOS, Wilson Accioli de. Evolução histórica e perspectivas atuais do Estado. Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, nº 25, 1970, p. 41.



a tal ponto que, no século X, a Europa estava dividida em pequenos reinos, constituindo-se a Igreja Católica Apostólica Romana, no único elo de integração e com lugar relevante na História.

Essa ascendência da Igreja Católica Apostólica Romana favoreceu o processo de civilização dos bárbaros, reativando os ideais de justiça social e estimulando a guarda e propagação da cultura antiga. Nessa época ainda foi consolidada a convicção de que acima do direito normatizado preponderava o chamado direito natural, sendo o objetivo superior do Estado, o direito privado.

O dualismo Rex e Regnum imperou, acentuando a divisão da natureza do Estado, pondo em destaque o princípio de obediência do soberano aos ditames do direito e inibindo o aparecimento da autoridade política absoluta. O rei só poderia atuar contra os súditos e suas propriedades na conformidade dos procedimentos jurídicos existentes.

Silveira Neto<sup>(6)</sup>, a propósito, recorda "houve o obscurecimento do direito público, pois as relações eram de ordem patrimonial e tudo decorria de uma convenção existente entre os senhores feudais, os vassalos e os servos da gleba. Nesse sistema, cada senhor feudal possuía poderes hoje específicos do Estado: Chefe militar, juiz, fiscal. Tendo o seu pequeno exército, gozando do direito de exigir tributos, fiscalizando as rendas do seu território e exigindo a prestação de serviços, o senhor feudal gozava de um poder que ofuscava o do príncipe. Daí porque a monar

---

6. SILVEIRA NETO. Teoria do Estado. 6. ed., São Paulo, Max Limonad, 1978, nº 8, p. 98.

quia feudal não é soberana, ainda mais que a sociedade era formada de corporações ou entidades intermediárias que se interpunham entre o indivíduo e o Estado."

A partir desse momento eclodiu a recomposição do Estado, através da unificação das cidades sob um governo centralizado, reunindo todos os poderes públicos e todos os direitos privados, ensejando o surgimento do Estado Moderno, na primeira fase, absolutista e, posteriormente, liberal, em decorrência do liberalismo do século XVIII e da própria Revolução Francesa. A feição constitucional e democrática é dessa época.

Individualizou tal quadra a luta pela unificação, sobressaindo personalidades marcantes, como o Conde Cavour (título de Camilo Benso), político italiano, artífice da união de seu país. Era membro da aristocracia do Piemonte e, ao fundar o jornal *Il Risorgimento*, passou a sustentar a unificação da Itália sob uma monarquia liberal, alcançada em 1861.

Porém, foi durante a monarquia absoluta que desapareceu o dualismo entre o rei e o povo, entre o poder espiritual e temporal. Marcou, ainda, o Estado Moderno a nova concepção de soberania, rejeitando a autoridade fora da emanada do Estado, além de romper com o direito costumeiro medieval.

O Estado contemporâneo, por outro lado, está ancorado na concepção do pacto escrito, conciliando as relações entre governo e povo, mas momento expressivo nessa caminhada foi o instante em que os barões e o monarca definiram as prerrogativas do rei e do Parlamento. Rei e povo, junto com a ênfase conferida aos direitos do homem, são sinais indicadores dos novos tempos.

John Locke (1632-1704) foi autêntico precursor dessa

nova fase, patrocinando a idéia do contrato social como fonte do poder, não para desculpar o absolutismo político, mas como pressuposto necessário ao começo de uma sociedade política continuadora da sociedade natural. Aliás, nesse estágio inexistiam garantias, pois os direitos estavam desprotegidos, com acatamento subordinado apenas à vontade de cada integrante do grupo social, tornando imprescindível o contrato entre os seus membros para estabelecer a vida social pacífica e ordeira. Essa doutrina não é a origem do poder político absoluto, mas do poder jurídico, controlado, limitado e partilhado, exercido pelo governo na condição de delegado do poder natural, objetivando sempre o bem-estar da comunidade. (8)

Em essência, o substrato dessa doutrina é o jusnaturalismo, delineada na antiguidade e robustecida na Idade Média.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778), natural de Genebra, na verdade foi quem, em 1762 em "O Contrato Social", esquematizou e "deu forma definitiva à doutrina do pacto social". (9) Enfim, o contrato social foi o meio de aclarar os primórdios da autoridade responsável e justa. Essa avença para ele era o instrumento de resguardar os interesses do homem contra a autoridade arbitrária. É um pacto hipotético, não histórico, porém razoável para explicar a fonte dessa autoridade. Compreende-se, a partir daí, que para o autor supracitado só seria legítimo e válido o Estado ou o Governo alinhado ao contrato social. É que só a von

---

8. GUSMÃO, Paulo Dourado de. Manual de direito constitucional. Rio de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, 1957, p. 66.

9. SILVEIRA NETO. Teoria do Estado. 6. ed. São Paulo, Max Limonad, 1978, nº 4, p. 126.

tade geral poderia, a seu ver, justificar as relações civis, pois o cidadão isoladamente não poderia deixar de submeter-se à vontade geral, por ser esta o pressuposto da sua própria liberdade.

A sinopse desse pensamento pode ser resumida na existência do "eu comum, na vontade geral" diversa da individual, que perde significado frente à coletiva, dando causa ao aparecimento do "corpo político" ou da "República", submetida à vontade geral, subordinada ao coletivo.

Nesse entrecho, ou seja, na transição do Estado absoluto para o contemporâneo, emergiu a "Declaração dos Direitos do Homem", com o propósito definido de resguardá-los e garanti-los, após especificados em um documento sócio-jurídico-político, geralmente escrito e chamado Constituição. É o nascimento do Estado constitucional, ou Estado liberal, implementado na Inglaterra após a Revolução de 1648, quando Oliver Cromwell (1599-1658), pequeno proprietário de terras, participante da guerra civil e membro atuante do Parlamento, instaurou a República. Em 1689 surgiu na Inglaterra a Bill of Rights (Declaração de Direitos), mas em 4 de julho de 1776, os representantes das treze colônias, ao proclamarem a independência dos Estados Unidos da América, redigiriam nova declaração de direitos, feita, basicamente, por Thomas Jefferson. Posteriormente, aprovada pela Assembléia Nacional a 26 de agosto de 1789 e incorporada à Constituição francesa como preâmbulo; veio à lume a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", documento básico da revolução então desencadeada e vitoriosa.

É de notar-se, ainda, que os Estados Unidos da América e a França, praticamente na mesma época, estabeleceram as regras constitucionais escritas. O primeiro, em 1787 e, o segundo,

em 1791, ambas aprovadas por assembléia e convenção populares.

O contratualismo floresceu vinculado aos chamados sistemas políticos democráticos, ao clássico governo "do povo pelo povo e para o povo", apesar de acossado pela crise da sociedade "tipo normal", em que é substituído por regimes totalitários, no qual o governo é tudo e o povo não participa do processo decisório.

CONCEITO DE ESTADO

O exato emprego da palavra Estado sempre constituiu preocupação da ciência político-jurídica, a ponto de Mário Artur Pansardi<sup>(10)</sup> notar a confusão ainda existente nas relações internacionais, cuja inadequada terminologia emprega o vocábulo como sinônimo de poder, povo, nação, império e potência. Tecnicamente a situação é outra, indica as formas políticas surgidas posteriormente à Renascença, com as peculiares características do Estado moderno.

A controvérsia sobre o conceito de Estado é acentuada, aparecendo diversas colocações sobre o tormentoso assunto. Aristóteles o vislumbrava sendo uma "comunidade independente", enquanto Kelsen<sup>(11)</sup> ao abordá-lo na teoria tradicional, divisa a população, o território e o poder, exercido por um governo independente, subordinado ao domínio e vigência de uma ordem jurídica. Constituem pressupostos básicos da existência do Estado a população, o território e a soberania.

Optamos pelo termo povo, por significar população o contingente de indivíduos, independentemente de vinculação étnica, política ou jurídica, habitando nos limites do Estado, expressando muito mais um conceito de cálculo demográfico. A concepção de nação é muito próxima daquela atribuída a povo, apareceu no século

---

10. PANSARDI, Mário Artur. Iniciação ao estudo do Estado. Porto Alegre, Sulina, 1972, p. 91

11. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4. ed., Coimbra, Armêdio Amado, tradução de João Baptista Machado, p. 386-387.

lo XVIII, questionando Chantebout<sup>(12)</sup> o que a distinguiu, pois o traço marcante de um país não serve para o outro, haja vista a situação dos Estados onde a população pertence somente a uma raça, cujo sinal serve de apoio para uma definição. A questão torna-se complicada, a partir da constatação de que na África negra convivem num mesmo país várias etnias, relativamente puras, mostrando a impossibilidade da raça ser erigida a critério. O idioma igualmente não serve de alicerce, simplesmente porque a Índia, Canadá e Suíça são países bilingües. O passado comum e a comunidade cultural da mesma forma não oferecem escora, eis que os judeus ainda estão espalhados pelo mundo e os arábes e a América Latina separados em muitos Estados, embora muito próximas as culturas dos seus habitantes, por isso a preferência pelo vocábulo povo, constituído que é somente dos nacionais, isto é, aqueles ligados a uma comunidade política pela cidadania ou nacionalidade, a qual corresponde a certos direitos e obrigações com a coletividade e os outros cidadãos.

O território é composto por um determinado solo, inclusive o subsolo e o espaço aéreo, além da plataforma submarina ou continental, quando o país é banhado pelo mar. O mesmo é, também, delimitado por fronteiras, estabelecidas por linhas naturais ou sinais convencionais de separação. É a superfície onde o Estado atua com poder de império sobre as pessoas e coisas sujeitas ao seu domínio. Interessante é referir que o território de um Estado é tido como juridicamente uno, mas na realidade pode ser inte

---

12. CHANTEBOUT, Bernard. Do Estado uma tentativa de desmitificação. Rio, Rio de Janeiro, 1977, p. 55.

grado por várias partes geograficamente distintas. Há o caso de uma coletividade exclusiva em um único território, ou de uma coletividade ímpar em território descontínuo<sup>(13)</sup>, mas também existe a diversidade de coletividades em territórios diferentes.

A soberania é condição primordial da configuração do Estado e abstraindo maiores divagações, é o poder de mando, é a supremacia interna e a independência nas relações com os outros países. Em síntese, é o predicado do poder supremo do Estado de não ter o dever de atuar senão em decorrência de sua própria vontade, na esfera de sua competência e dentro dos princípios gerais do direito.

Inerente a essa idéia é a necessidade do Estado dispor força material para fazer valer a sua vontade, a qual é requisito para a existência e continuidade da soberania.

Essas condições, povo, território e soberania, fazem parte de inúmeros conceitos, como é possível constatar-se. Alves da Silva<sup>(14)</sup> vê o Estado hodierno exprimindo um Poder Supremo, único e exclusivo, sobre os membros da sociedade, sendo-lhe lícito utilizar os meios disponíveis dentro da ordem jurídica visando o fim social. Agrega ainda ao requisito da soberania, a autonomia perante os outros Estados, esta compreendida como territorial e nacional ou pessoal, isto é, a sociedade integrada por diversos sujeitos, localizada em delimitado espaço, onde exerce a

---

13. CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. II, p. 166.

14. SILVA, A.B. Alves da. Introdução à ciência do direito. 9. ed. Rio de Janeiro, Agir, p. 154.



sua autoridade social sobre os seus súditos, inclusive, além de suas fronteiras, mas alcançando no interior destas os membros de outro país.

Silveira Neto vê entre os elementos constitutivos do Estado<sup>(15)</sup>, os chamados de ordem material, autênticas realidades sensíveis, ou seja, a população e o território e o elemento formal do poder político, salientando, apesar de a triplíce distribuição ser predominante, a finalidade como fator inseparável na definição do Estado, porque é essencial um desejo coletivo, um propósito, que não deve ser apenas o fim comum do bem-estar social.

Groppali<sup>(16)</sup>, ao recompor as definições analíticas sucessivas, diz que o Estado é "a pessoa jurídica soberana, constituída de um povo organizado sobre um território, sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social".

Essas concepções passaram a ser contestadas a partir do momento em que a máquina revolucionou a economia, ocasionando o desemprego em alta escala e colocando em discussão as propostas do laissez faire, laissez passer. É dessa época a reivindicação da presença estatal no domínio econômico como forma de assegurar a harmonia e o equilíbrio entre o capital e o trabalho.

---

15. SILVEIRA NETO. Teoria do Estado. 6. ed., São Paulo, Max Li monad, 1978, p. 42.

16. GROPPALI, Alexandre. Doutrina do Estado. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1962, p. 266.

Carlos Henrique Marx (1818-1883) e Frederico Engels (1820-1895), após estudos e observações, apresentaram outra vi são de Estado, que seria mero instrumento de classe, voltado a garantir o poder em favor dos interesses dos poderosos. A luta de classes é a base da nova doutrina, que aspira, no futuro, ã sociedade sem classes, em que o Estado é dispensável, porque da rá lugar ã administração das coisas e à direção dos processos de produção.

O autêntico conceito de Estado, todavia, é outro, caracterizado, antes de tudo, pelo corpo social. Dallari<sup>(17)</sup> define o Estado "como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem co mum de um povo situado em determinado território", sustentando estarem aí, representados, todos os elementos constitutivos, com a noção de poder implicitamente abrangendo a soberania, fator es sencial da própria ordem jurídica. O bem comum enfeixa a politi cidade do Estado, ligado a um determinado povo, enquanto a terri torialidade estabelece a esfera de incidência da ação jurídica e política do Estado.

---

17. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria Geral do Estado. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1973, p. 104.

### A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A organização política do Estado liberal-democrático está calcada na divisão dos Poderes, tendo como base a existência de regime representativo e legítimo. Objetivou o seu surgimento conter o absolutismo, frear a confusão e concentração dos Poderes acentuada na Idade Média, além de assegurar as liberdades individuais.

A deliberação, o mando e a justiça já eram isoladas por Aristóteles entre as atividades do Estado. Essa distinção meramente abstrata, revelava mais a preocupação com as modalidades de atuação exercidas pelos órgãos.<sup>(18)</sup> Simboliza na doutrina política um brado, um esboço da teoria mais tarde construída, pois as suas colocações, apesar de tudo, não impossibilitavam uma só pessoa de acumular as três atividades.

Dallari,<sup>(19)</sup> a par de salientar que a concepção moderna da separação de poderes não foi inspirada em Aristóteles, mas gradualmente edificada em função dos conflitos políticos-sociais e do desenvolvimento do próprio Estado, observa que no Século XIV, Marsílio de Pádua, em sua obra "Defensor Pacis", já procedia à distinção entre o Poder Executivo e Legislativo, escudado em uma oposição entre o povo, apta a aflorar uma tentativa de afirmação da soberania popular.

---

18. RUSSOMANO, Rosah. Curso de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 1970, p. 104.

19. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 188

Oliver Cromwell sonhava com um governo forte diante do Parlamento, por ele dissolvido três vezes, explica-se, deste modo, o Instrument of Government, em 1653, separando o Executivo e Legislativo.

Ainda na Inglaterra, John Locke (1632-1704) no "Segundo Tratado sobre o Governo" destacava "Este poder de agir de acordo com a discricão a favor do bem público, sem a prescrição da lei e muitas vezes mesmo contra ela, é o que se chama de prerrogativa; porquanto, em alguns governos o poder que faz as leis nem sempre está funcionando e, é, em geral, mais numeroso e lento para a rapidez exigida pela execução e porque também é impossível prever e, portanto, prover por meio de leis todos os acidentes e necessidades que interessam ao público, ou fazer leis tais que não causem dano, se executadas com rigor inflexível em todas as ocasiões e sobre todas as pessoas que a elas, por acaso, fiquem sujeitas, existe certa latitude nas mãos do Poder Executivo para levar a efeito muitas ações de sua escolha que as leis não preveem." (20) Distinguia também três Poderes: Legislativo, Executivo e Federativo, os dois primeiros cuidando de assuntos internos e o último tratando de interesses exteriores.

O sistematizador da doutrina da tripartição dos Poderes foi mesmo Charles-Louis de Secondat (1689-1755), o qual, em 1716, por morte do tio Jean Baptista de Secondat, sem descendência, herdou o título de Barão de Montesquieu, nome por que o conhece a posteridade. Em sua famosa obra L'Esprit des Lois, publicada

---

20. SILVEIRA NETO. Teoria do Estado. 6. ed., São Paulo, Max Limonad, 1978, p. 157

em 1748, achando possível a ocorrência de abuso de poder, sustentou a conveniência de um processo em que o "poder detivesse o poder", e tal só existiria mediante a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O raciocínio é até bem simples: o caos, a balbúrdia seriam previsíveis se o mesmo homem ou o mesmo corpo exercesse simultaneamente esses três Poderes: o de fazer as leis, de cumpri-las e o de julgar, advindo disso que os chamados freios e contrapesos seriam o sistema ideal para controlá-los e permitir a liberdade política.

Essa teoria influiu poderosamente no Direito Constitucional da época, representando esteio sagrado do liberalismo, apanágio da Revolução Francesa, estando até inserida no artigo 16 da "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen"<sup>(21)</sup> o qual consigna "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution", ou seja, "toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição".

O Direito constitucional de nossa pátria não escapou do entusiasmo provocado pelos novos princípios, percebendo-se dois períodos: o parlamentar, inspirado no tipo britânico, vigente durante o Império e o presidencial, adotado na República, com larga ascendência no sistema norte-americano e bafejado em idéias liberais da Europa. Assim é que a Constituição de 25 de março

---

21. GUSMÃO, Paulo Dourado de. Op. cit. p. 103.

de 1824, outorgada por D. Pedro I, <sup>(21)</sup> estabelecia no título 39, art. 9, que "A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece", enquanto o artigo 10 dizia "Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: O Poder Legislativo, o Poder Moderador, O Poder Executivo e o Poder Judicial".

O Poder Moderador, segundo o artigo 98 dessa Carta Magna, era exercido pelo próprio Imperador — "a chave de toda a organização política" — para ininterruptamente cuidar da independência, equilíbrio e harmonia dos outros Poderes, o qual, em verdade, detinha um controle vigoroso do aparelho estatal, se analisadas as hipóteses do artigo 101 dessa Lei Fundamental. A sua competência era tão elevada, a ponto de desarticular o princípio abraçado.

Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, instituída, como forma de Estado, a República Federativa, passamos a ter três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, expressamente consagrados no artigo 15 da Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, sendo Presidente do Congresso, o Senador Pelo Estado de São Paulo, Prudente José de Moraes Barros.

É dessa época um episódio curioso, decorrente da união das antigas províncias transformadas em Estados-membros, com o

---

22. CHANTEBOUT, Bernard. Do Estado uma tentativa de desmitificação. Rio de Janeiro, 1977, p. 55.

poder de elaborarem a própria Constituição. Ocorreu "verdadeira pilhéria de mau gosto; aconteceu com a Constituição de 2 de maio de 1892, do Estado do Espírito Santo, a obra-prima da falta de conhecimento político-jurídico. Dizia ela, no art. 30, que os poderes eram: "Congresso Legislativo, o Presidente, a Polícia (!!)" e a Magistratura" e no art. 32 "Cada um deles terá suas atribuições privativas e independentes e sua esfera de ação perfeitamente distinta". (23)

As demais Constituições da República mantiveram a separação dos Poderes, haja vista as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, apesar das emendas realizadas. Roberto Barcellos de Magalhães observa que "a divisão dos Poderes impõe-se como uma necessidade inerente à ordem e disciplina que devem reger a condução dos negócios públicos. Trata-se de discriminar o exercício do poder, dividindo-o por órgãos a que se atribuem funções próprias, específicas". (24)

Importante é assinalar, nessa altura, a desconexão ocorrida na quadra de 1930-1946, bem como em razão dos Atos Institucionais nº 1, 2 e 5; o primeiro de 9 de abril de 1946, o segundo de 27 de outubro de 1965 e o terceiro de 13 de dezembro de 1968, determinando sempre certa perturbação no funcionamento dos Pode

---

23. FALCÃO, Alcino Pinto & DIAS, José de Aguiar. Constituição anotada; da organização federal e dos poderes. Rio de Janeiro, José Konfino, 1956, vol. 1, p. 118.

24. MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. A constituição federal de 1967 comentada. Rio de Janeiro, José Konfino, 1967, t. 1, p. 36.

res da República. Isto porque a independência e harmonia dos Poderes têm um alto sentido, já destacado, mas que ainda pode ser sintetizado no seguinte entendimento: de Amaro Cavalcanti: "Poderes independentes, nos termos da Constituição federal, quer dizer — Poderes que deliberam e agem, em esferas determinadas, por autoridade própria (ex propria auctoritate), não reconhecem do um superior entre si. Poderes harmônicos, quer dizer, por sua vez — Poderes que se entendem, se auxiliam, que colaboram para um mesmo fim". (25)

Mas essa distribuição formal do poder do Estado não é pacífica, sendo até contrariada, pois Carré de Malberg, lembrado por A. Machado Paupério, proclama a inexistência da tripartição de Montesquieu, vendo apenas o poder de dominação, exercitado em várias etapas e por diversas formas, exemplificando-os na iniciativa, deliberação, decisão e execução, materializadas através de diferentes órgãos, cujo reconhecimento dos atos praticados pelos órgãos se torne fundamental, a fim de se impedir nulidade. (26)

O Direito constitucional comparado revela notável situação. A Constituição norte-americana de 1787, embora adotando a delimitação das funções dos três Poderes do Estado, não menciona de maneira expressa, resultando inequivocamente da especificação de competência de cada um, conforme é aceito naquele país. (27) po

---

25. FALCÃO, Alcino Pinto & DIAS, José Aguiar. Op. cit. p. 119-120.

26. PAUPÉRIO, A. Machado. A teoria geral do Estado; direito político, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 242.

27. SÁ FILHO, Francisco. Relações entre os Poderes do Estado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 18.



rêm, nem todas as nações procedem dessa forma, optando pela declaração normativa do princípio. É o caso da República Federal da Alemanha na sua Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, cujo número 3, do artigo 19, explicita a existência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial.<sup>(28)</sup> A República Italiana adota na organização, a separação em títulos; na parte II, reservando o título I para o Parlamento, o II ao Presidente da República, o III ao Conselho de Ministros — Executivo — e o título IV destinado à Magistratura.<sup>(29)</sup>

Os países socialistas preferem outro sistema, eis que repartindo as funções do Estado entre Executivo, Legislativo e Judiciário, abandonam a autonomia, harmonia e equilíbrio para centralizar o controle e subordinação nos Sovietes de Deputados do Povo, como é a hipótese da URSS; a declara em certo trecho do artigo 29 de sua Constituição que "todos os outros órgãos do Estado estão sob o controlé dos Sovietes de Deputados do Povo e são perante eles responsáveis."<sup>(30)</sup>

A distinção dos Poderes, como se observa, não é aceita por todos os povos e, abstraindo-se os países socialistas, nota-se que o princípio hoje é até combatido, configurando certo empecilho à plena social democracia. Estimularia a permanência de instrumentos inadequados a esta época, conservando privilégios. Modernamente perdeu o caráter de pressuposto para a segura

---

28. MIRANDA, Jorge. Constituições de diversos países. Lisboa, Imprensa Nacional, 1979, vol. I, p. 43.

29. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. II, p. 19, 23, 24 e 26.

30. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. II, p. 331-332.

vigência e respeito dos direitos e garantias individuais, revelando-se técnica em declínio<sup>(31)</sup>, derivada da urgência de ajustamento e compensação às novas realidades, onde o Estado deve marcar presença no campo econômico-social, promovendo a civilização e o progresso.

Há um fato novo; a tendência em atribuir ao Poder Executivo no intervalo das sessões legislativas e mesmo fora desse período, a prática da chamada delegação legislativa, a qual vai sendo paulatinamente constitucionalizada. Mas a colaboração do Executivo para formar a vontade legislativa é incontestável, ora iniciando-a por intermédio da mensagem, em determinados sistemas constitucionais, como o nosso, em matéria de sua exclusiva competência, ou, então, afastando-a pelo veto nas demasias do Poder Legislativo. Atua também no Poder Judiciário, haja vista, por exemplo, o instituto do indulto, em que o Executivo altera o resultado da prestação jurisdicional. Esse fenômeno de colaboração e interferência, ocorre também em sua esfera<sup>(32)</sup> quando a nomeação para alguns cargos públicos reclama a prévia aprovação do Poder Legislativo, como indica o inciso III, do artigo 42, da Constituição Federal, ao tratar da competência do Senado.

O Poder Judiciário age e desenvolve funções executivas e legislativas quando estabelece a sua estrutura e dispõe sobre o seu funcionamento, mas a organização desse Poder é do Legislativo, enquanto a nomeação dos seus membros é do Executivo.

---

31. BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 37.

32. BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 51-52.

Esse é o constitucionalismo coevo, sem o rigor doutrinário antigo, cunhado pelas contingências, porém adequado ao momento e suscetível de melhor desempenho do aparelho estatal.

### A FUNÇÃO JURISDICIONAL

O Estado exerce a função jurisdicional pelo Poder Judiciário. "A jurisdição hoje é monopólio do Estado (art. 153, § 4º). Anteriormente ao período moderno, havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais." (33) Ao avocar a jurisdição, o Estado objetivou proteger a ordem jurídica, o direito em si mesmo, impedindo que pela auto-defesa fosse quebrada a paz social. O finis operantis é tutelar o direito objetivo, verdadeira e autêntica justificativa do Estado-juiz, cujo escopo, finis operis, é o de substituir os particulares na decisão dos conflitos de interesses, aplicando-lhes a soberana vontade do Estado que ele próprio formula (jurisdição de equidade) ou declara (jurisdição legal).

Amaral Santos referindo-se a Chiovenda lembra que "a jurisdição é uma atividade substitutiva, porque se exerce em substituição às atividades das partes", (34) embora reclame, em certas hipóteses, a provocação dos interessados. Para isso existe o princípio da acionabilidade, consagrando o direito de ação, qual seja, a faculdade de pedir o poder jurídico e fazer valer a vontade concreta da lei contra o adversário.

---

33. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, vol. I, p. 127.

34. SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas do direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 62.

Essa possibilidade é da maior significação, constituindo um dos fundamentos do estado de direito, complementado por outro, precisamente o controle judicial, em que se manifeste lesão de direito, ambos de suma relevância para afastarem o arbítrio, uma vez que os Tribunais podem apreciar as matérias levadas ao seu conhecimento.

Em síntese, as "características da jurisdição apontadas pelos doutrinadores são: a) exercício da função jurisdicional sempre com referência a uma lide; b) inércia da jurisdição, dependendo de provocação do interessado a ativação dos órgãos jurisdicionais (nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio); c) definitividade dos provimentos jurisdicionais, isto é, a coisa julgada." (35) (O grifo é nosso)

Portanto, se três são os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) é natural a perquirição sobre a base dessa diferença. A diversidade de funções exercidas pelos órgãos não era vetustamente o sinal marcante da repartição. A dessemelhança residia na possibilidade do despotismo decorrente da concentração dos Poderes em mãos de uma só pessoa. Isolados os Poderes, cada um dos seus ocupantes contrabalançaria o arbítrio dos outros, por corresponder a cada um deles uma função essencial.

Desse modo, a função do Poder Legislativo é a elaboração da lei, função eminentemente normativa; ao Poder Executivo

---

35. WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 22.

é reservada a função de conversão da lei em ato individual e concreto, também conhecida como função administrativa, enquanto o Poder Judiciário tem a função principal de compor a lide, aplicando a lei coativamente ao caso concreto.

Não é muito fácil fazer-se a separação entre a função jurisdicional e a função executiva ou administrativa, uma vez que sob certo aspecto a administração pública também aplica a lei. Barthélémy, citado por M. Seabra Fagundes,<sup>(36)</sup> não vê funções diferentes na administração e na jurisdição, mas apenas partes de uma função única, qual seja, a executiva. Ducroc, citado também por M. Seabra Fagundes, espousa a tese de que só existem dois Poderes estatais: um de formação do direito, o Legislativo; o outro de concretização da vontade do Estado, o Executivo, porque a jurisdição e a administração constituem, a seu ver, elementos de execução da lei. Esse pensamento leva à admissibilidade de duas funções: a executiva e legislativa.

É fora de dúvida, todavia, o caráter autônomo da função jurisdicional, obtido através dos tempos, salientado mesmo por M. Seabra Fagundes em sua aludida obra onde relata "em 1701, com o act of settlement, se veda a demissão livre dos funcionários da justiça e também se lhes estabiliza a competência funcional. Assegurada a independência dos funcionários da justiça, é aí que começa a existir, praticamente, o controle do Poder Administrativo por um órgão autônomo, mais tarde individualizado na estrutura

---

36. FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 2. ed., Rio de Janeiro, José Konfino, nº 2, p. 16.

ra política de todos os Estados com o nome de Poder Judiciário". (37)

Há ainda, o critério formal para diferenciar o ato jurisdicional do administrativo, chegando-se mesmo a discernir a administração da jurisdição, no que tange à finalidade do ato praticado.

O ato administrativo apareceria, assim, quando tivesse a finalidade de atingir o interesse geral, surgindo o jurisdicional na ocasião em que emergisse o interesse meramente particular. Essa distinção naturalmente é inacolhível, pois atos existem no âmbito da administração pública, voltados para particulares, sem perder o caráter administrativo.

Poder-se-ia, também, separar a função administrativa da jurisdicional, tomando-se em conta a possibilidade de incidência de sanções. É que na jurisdição o preceito é caracterizado por uma sanção de natureza peculiar, inexistente na esfera administrativa.

Exame mais cuidadoso revela atuar a administração pública no exercício do poder de polícia com a faculdade de regular e restringir o uso e gozo de bens, direitos individuais; atividades praticadas em favor da sociedade e do Estado. Mas "o poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente". (38)

---

37. FAGUNDES, M. Seabra. Op. cit. p. 138-139

38. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 9. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 100.

Além do mais, a administração pública aplica penas disciplinares ao funcionalismo.

A par dessas desavenças para separar as três funções de soberania do Estado, avulta uma, justamente aquela em que é atribuído ênfase ao fato de que na administração não existem a independência do juiz e a imutabilidade da coisa julgada.

Eis aí, sem dúvida, o divisor entre a jurisdição e a administração, pois a primeira age como atividade eminentemente substitutiva. Transforma, em suma a atividade, afastando o particular e colocando outra, mas de natureza pública, em seu lugar, exercitada através do processo.

A função administrativa é executada consoante a lei, enquanto a jurisdicional trabalha com a própria lei, interpretando-a e aplicando-a.

Contudo, politicamente, o Poder Judiciário é encarado como insignificante, fato já assinalado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>(39)</sup>, mas é acreditado e relevante para a garantia das liberdades e direitos individuais como capital baluarte do cidadão.

---

39. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1979, p. 178.



### III. SURGIMENTO DAS CONSTITUIÇÕES

### SURGIMENTO DAS CONSTITUIÇÕES

Há coincidência no aparecimento da Constituição com o momento histórico da filosofia liberal, justificando-o a carência de centralização do poder do Estado, diluído na estrutura social da Idade Média e partilhado entre as classes e a Igreja, ambos detentores parciais do efetivo poder político. Os socialistas, por outro lado, apontam o capitalismo como fator decisivo do advento constitucional, não estando descartada a eventual ligação com o Estado burguês.

Os primitivos documentos eram despidos de base democrática e nem podem ser intitulados de constitucionais, representando muito mais um mero instrumento de agregamento do poder e unidade do Estado,<sup>(40)</sup> além de retratar os conflitos entre a monarquia absoluta e a nobreza latifundiária e feudalista.

"O primeiro dos atos legislativos, que demarca a transição da monarquia absoluta para a constitucional, concretizou-se no "Assize" de CLARENDON de 1166".<sup>(41)</sup> Na Magna Charta, de 1215, na Inglaterra, os barões ingleses compeliram o Rei João Sem Terra a aceitar esse documento, no qual introduziram algumas prerrogativas em benefício de suas conveniências, resultado do movimento dos grandes senhores rurais cuidando dos seus direitos, sem a preocupação de resguardar o povo, que ficou à margem de tudo.

---

40. SILVEIRA NETO. Op. cit. p. 179.

41. PINTO FERREIRA. Princípios gerais do direito constitucional moderno. 3. ed., Rio de Janeiro, José Konfino, 1955, t. I, nº 2, p. 103.

Excepcional avanço aconteceu em 1647, com o Agreement of the people, acolhido pelo Conselho dos Oficiais<sup>(42)</sup> através de aprovação dos Regimentos, foi levado à consideração do Parlamento para, logo após, ser submetido ao povo, o qual, então, integrava-se no processo deflagrado. Esse projeto consignava os direitos inalienáveis da Nação, amparando-o na eventualidade de exorbitâncias do Parlamento, fixando, entre outras coisas, os direitos do Povo e do Parlamento.

Nessa esteira, Oliver Cromwell, em 16 de dezembro de 1652, promulgou com singular visão de estadista o Instrument of Government, estabelecendo princípios da existência do Estado Inglês, com a delimitação da competência e poderes do Protetor, do Conselho de Estado e do Parlamento. Para Loureiro Júnior foi "a primeira e única Constituição escrita inglesa, porém, de vigência temporária".<sup>(43)</sup>

O Bill of Rights é de 13 de fevereiro de 1688, votada por ambas as câmaras, contendo o poder real, vedando-o de dispensar as leis ou a respectiva execução, de arrecadar impostos ou taxas sem a prévia deliberação do Parlamento e outras disposições significativas, verdadeiro embrião da monarquia parlamentar.

As antigas colônias norte-americanas, em 1776, emitiram a "Declaração da Independência", transformando-se em Estados soberanos, unidos em confederação através dos "artigos da Confederação e União Perpétua", de 1777. Concomitantemente, recorda

---

42. LOUREIRO JÚNIOR. O controle da constitucionalidade das leis.

São Paulo, Max Limonad, 1957, nº 3, p. 15.

43. LOUREIRO JÚNIOR. Op cit. nº 4, p. 16.

Pinto Ferreira,<sup>(44)</sup> os novos Estados foram promulgando as suas próprias Constituições, salientando-se a de Virgínia em 12 de junho de 1776 e Massachussets, no ano de 1780. Todavia, a Confederação revelou-se inadequada para a fase subsequente à independência, envolvida em crise econômico-financeira e guerra, exigindo melhor estruturação do Estado. A resposta veio com a convenção de Filadélfia, através da Constituição federal americana de 17 de setembro de 1787. O detalhe curioso é dispor esse diploma orgânico "apenas a estrutura do sistema governamental em vigor nos Estados Unidos". Na verdade, nisso reside a sua grande virtude, pois lhe permitiu servir satisfatoriamente de carta constitucional durante mais de século e meio. "A Constituição é um instrumento escrito. Assim sendo, o seu sentido não se altera", declarou um juiz americano. Contudo, "sendo uma concessão de poderes a um Governo, a sua linguagem é geral, e, à medida que sobrevêm modificações na vida social e política, ela abarca todas as novas condições que se acham compreendidas na esfera dos poderes conferidos".<sup>(45)</sup>

Essa Lei Suprema historicamente desempenhou papel extremo, servindo de modelo e inspiração para o Brasil e toda a América Latina, cujos preceitos, ademais incorporaram as idéias de Cromwell, Locke e Montesquieu.

É digna, de registro, a Constituição francesa de 3 de setembro de 1791, em face da "Declaração de Direitos do Homem e

---

44. PINTO FERREIRA, Op. cit. p. 108

45. SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 18.

do Cidadão", esta de 26 de agosto de 1789, edifício das futuras Constituições desse País e veículo de larga ascendência no mundo ocidental.

O constitucionalismo brasileiro é do mesmo tempo da in dependência, pois "ainda não havia sido declarada, oficialmente, a nossa emancipação política e já o príncipe-regente, D. Pedro I, atendendo à representação do Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias, redigida por Gonçalves Ledo, decretava, a 3 de junho de 1822, a convocação de uma Assembléia Constituinte e Legislativa que deveria elaborar o código fundamental do Império".<sup>(46)</sup> A Constituinte teve os seus trabalhos instalados em 3 de maio de 1823, em clima de certo constrangimento por ter o decreto imperial de convocação delineado a orientação a ser adota, causando repulsa aos parlamentares, claramente demonstrada nas discussões e gerando a sua dissolução em 12 de novembro de 1823. A primeira Constituição nacional, em conseqüência desse ato, foi preparada pelo Conselho de Estado, nomeado por D. Pedro I e outorgada em 25 de março de 1824, mas sem conseguir apaziguar os diversos segmentos da Nação, possivelmente pela sua draconiana origem, cujo epílogo indissociável foi a abdicação em 7 de abril de 1831.

A tendência liberal continuou, ressurgindo em 12 de agosto de 1834 com o Ato Adicional modificando a Constituição outorgada. Esse sistema político vigorou até a Proclamação da República, tendo eliminado o Conselho de Estado, instituído as as

---

46. MALUF, Sahid. Direito constitucional. 9. ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1977, p. 17.

sembléias provinciais, a monarquia constitucional, com ministério e primeiro-ministro.

Atravessando a Nação sérias dificuldades econômicas e políticas, substancialmente originadas na abolição da escravatura e na possibilidade da sucessão de D. Pedro II, a República foi proclamada em 15 de novembro de 1889, e após o Decreto nº 1, de Deodoro da Fonseca, foi nomeada a comissão encarregada de preparar o projeto da nova Constituição, publicada pelo Decreto nº 610, de 22 de junho de 1890 e vigindo como Constituição provisória até discutida e votada pelos constituintes, sendo promulgada em 24 de fevereiro de 1891. O presidencialismo, o federalismo, o liberalismo político foram as linhas mestras acolhidas, juntamente com a clássica tripartição dos Poderes. Aliás, na raiz da renúncia do Presidente Deodoro da Fonseca está a articulação dos Poderes Executivo e Legislativo, em razão dos atritos criados pelos vetos opostos, criando lamentável mal-estar, cujo desfecho motivou decreto de dissolução do Legislativo. Ruy Barbosa comentando a Constituição de 1891 coloca o pensamento da época sobre o funcionamento do Congresso: "O Poder Legislativo estabeleceu ela no art. 16, que "é exercido pelo Congresso Nacional". O Presidente da República apenas lhe sanciona e promulga os actos. Mas, não os sancionando, bastam dois terços de uma e outra Câmara, para lhe inutilizar o veto; e a resolução não sancionada se promulgará sem a sanção, com todo o vigor da autoridade legislativa". (47)

---

47. BARBOSA, Ruy. Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo, Saraiva, 1933, vol. II, p. 7

Verificando-se a renúncia em circunstâncias dramáticas, pois a Esquadra comandada por Custódio de Mello estava prestes a bombardear a cidade do Rio de Janeiro, assumiu a Presidência da República, o Marechal Floriano Peixoto.

Em 7 de setembro de 1926, durante o mandato de Arthur Bernardes a Carta Republicana foi revista, instituindo-se o veto parcial, alterando-se a competência do Supremo Tribunal Federal, regulamentando-se a nacionalização das minas e jazidas, modificando-se o instituto da intervenção federal, entre outras transformações, realizadas com o País em estado de sítio.

A grande crise econômico-financeira de 1929 afetou naturalmente o Brasil, ocasionando graves perturbações, cheias de reflexos políticos. A Revolução de outubro de 1930 emergiu nesse clima, dirigida pelos governadores dos estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, em estreita colaboração com o governo da Paraíba, das oposições em outras unidades federadas e expressivo número de oficiais do Exército e da Marinha, que anteriormente haviam participado dos movimentos de 1922 e 1924.

Assumindo Getúlio Vargas a Presidência da República, expediu, em 11 de novembro de 1930, o Decreto nº 19.398, divulgando as bases do regime implantado. Encerrada a revolução constitucionalista de São Paulo em 1932, a constituinte foi convocada e a 16 de julho de 1934 era promulgada a nova Constituição Federal, inspirada, desta feita, nas Cartas Políticas da Alemanha (1919) e da Espanha Republicana (1931), com nítido sentido de democracia social, acarretando a intervenção do governo na área econômica, complementada por providências no setor de proteção ao trabalho. Todavia, há certa semelhança nas linhas gerais com a Lei Suprema anterior.

A inquietação política começou a desenvolver-se, por certo, pelo choque inevitável da nova ordem com situações consolidadas, agravadas com a intentona comunista de 1935, levando a instabilidade à revogação da Constituição pelo golpe de Estado de 1937. Ao implantar o que chamou de Estado Novo, Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937, incorporando idéias centrais do totalitarismo fascista, então dominantes na Europa. Desequilibrou, assim, essa Carta Magna a harmonia e independência dos Poderes, sempre na ocorrência do "estado de guerra" ou "estado de emergência", além de pretender conciliar ainda os anseios e desejos das demais classes com as idéias trabalhistas decorrentes da democracia social concebidas pela Constituição de 1934.

Difícil foi a experiência, verdadeiramente tumultuada, com enorme prejuízo para as liberdades públicas e os direitos e garantias individuais. O quadro complicou-se seriamente a partir da segunda grande conflagração mundial. A deposição de Getúlio Vargas, em 29 de outubro de 1945, levou o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, à Presidência da República, processando-se a transição para o regime democrático.

Promulgada, em 18 de setembro de 1946, a nova Constituição Federal, manteve a República, a Federação e o Regime Representativo, retornando à social democracia de 1934, com certa intervenção do Estado no liberalismo econômico, ajustando-se ao pós-guerra e harmonizando os interesses da próspera indústria, do comércio em franca expansão, das classes rurais com a massa trabalhadora. Autêntico desejo de conciliação, é o aspecto saliente desse pacto político, ao lado de regras descentralizadoras e de ênfase ao municipalismo, convenientes em país da dimensão



territorial brasileira.

A Emenda nº 4 (Ato Adicional), de 2 de setembro de 1961, veio à tona em meio à conturbada conjuntura política, motivada pela renúncia do Presidente Jânio Quadros e resistências à posse do Vice-Presidente João Goulart. Superando o impasse, a reforma parlamentarista tranqüilizou a Nação, propiciando a investidura do sucessor legal, pois o Conselho de Ministros passou a ser uma peça básica do regime. Após plebiscito o parlamentarismo foi repudiado como experiência pela Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963. O exercício, guardadas as devidas proporções, foi benéfico ao Brasil, libertando-o do embaraço institucional e permitindo a continuidade das instituições e princípios consagrados na Lei Suprema.

As contradições existentes na sociedade, aliadas à insatisfação com providências adotadas pelo governo, conduziram novamente o País a duro desencontro, cujo ápice foi o movimento de 31 de março de 1964, com a eleição pelo Congresso Nacional, do Marechal Humberto de Alencar Castello Branco para Presidente da República. É dessa época o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, editado pelos chefes das três Armas, modificando disposições constitucionais, como a fixação do prazo de 30 dias para o Congresso decidir as matérias encaminhadas pelo Governo. Amplas alterações ocorreram nos terrenos econômicos, administrativo e político.

Inobstante, formalmente em vigor a tripartição dos Poderes, esse período é assinalado por expressiva quantidade de Atos Institucionais, Atos Complementares e Decretos-lei, em delicada conciliação com a Lei Fundamental, fazendo surgir a necessidade

de um reexame e equacionamento de toda a estrutura jurídico-política do Brasil. Aliás, nesse quadro o Congresso perdeu substância, o Poder Judiciário ajustou-se à exclusão do exame judicial de inúmeras questões. Era inevitável a urgência de nova Constituição Federal, promulgada, afinal, pelo Congresso em 24 de janeiro de 1967, frente a diversas particularidades, uma vez que era despedido de função constituinte e passou a vigir em 15 de março, também de 1967, em data posterior à sua promulgação.

A ocorrência de desencontros entre o Poder Executivo e o Congresso atingiu nível insatisfatório nos idos de 1968, provocando nova crise, que emergiu o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, moderando as prerrogativas do Poder Legislativo e impondo enérgicas providências em defesa dos propósitos e objetivos da Revolução de 1964. Impedido, por enfermidade, o Presidente Arthur da Costa e Silva, a Junta integrada pelos Ministros militares das três Armas assumiu a Presidência da República, após declarar o impedimento do Chefe da Nação. Esses Ministros, em 17 de outubro de 1969, por intermédio da Emenda Constitucional nº 1, modificaram a Constituição de 1967, exercitando os poderes dos Atos Institucionais nº 5 e 16, com a vigência a 30 de outubro de 1969, alterando o mandato presidencial para 5 anos, estabelecendo a eleição indireta para governadores dos estados, em 1970, e diretas a partir de 1974, a admissão da pena de morte, de banimento, confisco e prisão perpétua, reestruturando, ainda, o Congresso, especialmente na sua composição e funcionamento, mas continuando em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

Esse texto foi mudado pela Emenda nº 2, de 9 de maio

de 1972, determinando a eleição indireta dos governadores e vice-governadores dos estados, em 1974, além de outras inovações.

A Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, foi promulgada pelo Presidente General Ernesto Geisel com apoio no parágrafo 1º, do artigo 2º, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. O quadro histórico era tenso a partir da necessidade de reforma do Poder Judiciário, cujo Projeto de Emenda, originário do Executivo, foi aperfeiçoado através dos substitutos dos Senadores Accioly Filho e Eurico Rezende, mas negando o Congresso Nacional quorum à aprovação desses substitutivos e do projeto remetido, a Emenda, como já acentuamos, foi promulgada pelo Chefe da Nação. Em consequência, foram implementadas várias medidas procurando agilizar o desempenho do aparelho judiciário, as quais exigiriam outras providências complementares.

É desse período o controvertido Conselho Nacional da Magistratura, discutido não tanto pela sua criação, mas pela forma de composição, em que os Tribunais das unidades federadas não têm representantes.

O ano de 1977 assinalou, também, a promulgação da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril, cuidando das prerrogativas e do funcionamento do Poder Legislativo, com o objetivo de fixar normas sobre o colégio eleitoral para as eleições dos executivos estaduais e dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República.

Marcou essa época a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho do mesmo ano, extinguindo a indissolubilidade do vínculo matrimonial, aprovada com relativa comodidade pela simplificação do quorum para maioria absoluta. O Congresso Nacional, em 14

de novembro também de 1977, aprovou, ainda, a Emenda Constitucional nº 10, incluindo um parágrafo 6º no artigo 104 da Carta Magna Federal, pelo qual "excetua-se da vedação do parágrafo anterior o cargo de Secretário Municipal, desde que o Vereador se licencie do exercício do mandato". A razão disso era a impossibilidade do edil, na área da administração pública direta ou indireta municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, excluída a hipótese de concurso público, empregó ou função.

Passo marcante na abertura política empreendida foi a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1979, revogando os atos institucionais e complementares, inobstante assegurando os seus efeitos no tocante aos atos praticados, inapreciáveis pelo judiciário, mas mantidas as normas ajustadas ao Texto Básico Federal.

A ordem constitucional, a par da continuação do "estado de sítio", recebeu dois novos institutos, ignorados no direito constitucional pátrio: as chamadas "medidas de emergência" e o "estado de emergência", resultado lógico do momento de transição em curso, pois trocava as medidas excepcionais por instrumentos de cunho autoritário menor.

Através de um só artigo, a Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, instituiu providências beneficiando a condição sócio-econômica dos deficientes.

Registramos, ainda, a Emenda Constitucional nº 13, de 10 de outubro de 1979, modificando, parcialmente, o artigo 36 da Lei Fundamental, autorizando o licenciamento do senador ou do deputado, por período igual ou superior a 120 dias, por motivo de

doença ou para tratar de assuntos particulares, sem extinção do mandato.

### CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

O vocábulo constituição, aplicado ao Estado, traduz a idéia de ampla organização fundamental, abrangendo o jurídico, político, social e econômico, conjugados para o desempenho do governo e a vida da comunidade. Visa sustentar o Estado de Direito, mas são "ajustadas à consciência coletiva de cada nacionalidade" (48) e por isso mesmo é possível apartá-las quanto à forma, origem, sistemática e dogmática. (49)

Quanto à forma as Constituições podem ser: costumeira ou escrita.

A Inglaterra possui uma Constituição não-escrita em que muitos dispositivos importantes não estão definidos de modo formal. As fontes capitais dessa Carta Magna são compostas de leis ou atos do Parlamento (Acts of Parliament), bem como das decisões judiciais (case law) e algumas normas não escritas, conhecidas como convenções da Constituição (Conventions of the Constitution).

Assim, a Constituição costumeira está calcada nas tradições, uso e costumes dos povos que a adotam.

Escrita é aquela proveniente de textos legislativos ordenados sistematicamente e revisados periodicamente para refle

---

48. PINTO FERREIRA. Princípios gerais do direito constitucional moderno. 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1962, t. I, p. 41.

49. LIMA, Nailê Russomano de Mendonça. Compêndio de direito constitucional. São Paulo, Juriscredi, 1971, p. 69.

tir a realidade social. É um documento e a maioria dos Estados tem Constituições desse modo, haja vista os Estados Unidos da América do Norte, o Brasil e tantos outros, inclusive os socialistas.

A origem distingue as Constituições em popular e outorgada.

Popular é a Constituição formada pelos representantes da Nação, reunidos em assembléia constituinte e que discutida, votada, é afinal promulgada. Retrata a vontade política predominante em determinado momento histórico de um povo.

Outorgada, é a antítese da popular, caracterizando, acima de tudo, uma graça do governante em benefício dos governados e num plano superior uma autolimitação dos seus poderes.

A sistemática da classificação acolhida indica existir Lei Suprema rígida e flexível.

Rígidas porque somente podem ser mudadas através de processos, solenidades e requisitos especiais, diversos dos reclamados para a formação da legislação ordinária e complementar. O sistema de revisão é estabelecido no próprio texto, assegurando-lhe supremacia sobre as futuras leis. Contudo, "tais processos não devem, entretanto, ser tão apertados que quase impossibilitem a reforma, pois então, estaremos em situação igual aos que consideram intangível a estrutura constitucional, nem admitindo, sequer, a falibilidade de quaisquer dos seus preceitos e não determinam os requisitos para conseguir revê-los. O silêncio quanto a esta medida pode ser interpretado como desejo de que não se toque na Lei Fundamental e se conserve como foi proclamada pela vez primeira. Verdadeiro absurdo, cuja imprevidência, na lição

sempre nova do velho Pimenta Bueno, não deixará senão o recurso fatal das revoluções." (50)

Flexível é aquela Constituição cujas normas colocam no mesmo plano valorativo-jurídico as leis constitucionais e as ordinárias, em face da inexistência de procedimento especial e solene para a modificação da Carta Suprema. Priva-se esse tipo de Carta Magna da superioridade sobre os demais diplomas legais.

Interessante é notar a tendência à admissibilidade de uma variante entre as Constituições rígidas e flexíveis, denominada mista. A razão disso está na diferença a ser admitida no corpo da Constituição de artigos constitucionais e não constitucionais. Serzedello e Campos Salles na Constituinte de 1891 travaram, a propósito, debate sobre a conveniência de seu acatamento. (51) Alcance prático da matéria está em que os artigos não constitucionais poderiam ser revistos pelo processo de elaboração da lei ordinária, enquanto os dispositivos constitucionais só seriam alterados pela forma, solenidades e requisitos necessários ao advento do Texto Maior.

A classificação eleita aborda a Constituição dogmática, que pode ser ortodoxa ou eclética.

Ora, ao refletir o pacto político todas as tendências ideológicas encontradas no seio da sociedade, automaticamente esse texto perfilar-se-á entre as Constituições ecléticas.

---

50. MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. A teoria das Constituições rígidas. 2. ed., São Paulo, José Bushatsky, 1980, p. 42.

51. MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Op. cit. p. 55.



Ortodoxa, ao contrário, será a Lei Fundamental, estribada em uma só ideologia.

### A SUPERLEGALIDADE CONSTITUCIONAL

O despontar do outeiro constitucional é um instante luminoso na história política da humanidade, um passo seguro para a consolidação do Estado de Direito. É assinalado por um sistema de normas jurídicas hierarquizadas, cuja Carta Magna é a principal fonte, estabelecendo poderes e competências em nível tão acentuado a ponto de nada poder ser validamente edificado em desacordo com suas regras.

Para Kelsen<sup>(52)</sup> "a Constituição representa o escalão do Direito positivo mais elevado", autêntica norma superior, regulando o desenvolvimento das normas inferiores, dependentemente conexas como requisitos de eficácia. A precedente, dessa forma, é pressuposto de legitimidade da conseqüente.

A supremacia, como é lógico, só pode existir na Lei Fundamental escrita e rígida, dado o caráter capital de seus preceitos, da solenidade, processo e forma reclamada para a sua mudança, todos a conferir-lhe singular proeminência político-jurídico, ausentes na carta costumeira e flexível.

Stier-Somlo, lembrados por Pinto Ferreira<sup>(53)</sup>, pesquisando a origem desse princípio, vão encontrá-lo no reinado de Henrique IV, de França, no século XV. É que desde o século XIV diferenciava-se as leis do reino (lois du royaume) com as leis

---

52. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 5. ed., Coimbra, tradução de João Baptista Machado, Arménio Amado, 1979, p. 310.

53. PINTO FERREIRA. Op. cit. n.º 3, p. 87.

do rei (lois du roi). As primeiras eram chamadas de leis fundamentais ou constitucionais, disposições, via de regra, costumeiras, impostas ao rei, então detentor do Poder Legislativo. Aquele, legislador ordinário que era, competia acatá-las, alterando-as somente com a aquiescência dos estados gerais.

Todavia, tal começo é controvertido, possivelmente estando ligado às lutas desenvolvidas na Inglaterra, com o alvorecer da Magna Carta. É certo que as "leis do reino" não representavam um dique ao poder do rei, mas "um pensamento objetivo e expresso a respeito da existência de normas referentes à estrutura do Estado mais ou menos o que hoje se denominaria "normas de organização". (54)

Investigando-se, ainda, nota-se que o juiz inglês Coke subordinava o rei e o Parlamento ao império da lei, acorado na necessidade de resistência ao absolutismo. Era o (rule of law) a preponderância da lei, integrante desse esquema constitucional, embora tenha fenecido. A teoria do Rex est lex, igualmente não prosperou, abroquelada que era na anterioridade da figura do rei sobre as assembléias e leis, concedendo-lhe relevo, suscetível de sua sujeição a essa instituição e diplomas, apenas por magnanimidade. Consolidou-se mesmo a opção da autoridade do Parlamento, traço próprio dos britânicos, verdadeira supremacia do legislativo, pois aos Tribunais é destinada a competência para interpretar as leis e não discutir a sua validade. (55)

---

54. SALDANHA, Nelson. O estado moderno e o constitucionalismo. São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 93-94.

55. SABINO, Vicente. Inconstitucionalidade das leis. São Paulo, Sugestões Literárias, 1976, p. 24.

A divisão entre leis constitucionais e ordinárias passou a ter mesmo contorno preciso e definitivo nos Estados Unidos da América do Norte, florescendo ainda no período colonial, quando a Inglaterra expedia uma espécie de carta política, permitindo a prática legislativa ajustadas às suas leis e costumes, negando eficácia aos excessos eventualmente realizados.

Criou-se, em consequência disso, progressivamente, uma ordem jurídica graduada em dois planos, ao mesmo tempo em que formou-se a consciência de compatibilização das normas inferiores às superiores, como hoje é aceito dogmaticamente nos Países de Constituição escrita e rígida.

### A DEFESA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

É essencial o sentido superior e coordenado do Texto Básico, o qual deve permanecer incólume, isento de contradições e investidas, como única forma de salvaguardar o seu articulado funcionamento e adequada custódia dos direitos.

Brotam, desses objetivos, a conveniência de guardá-la através de um órgão elevado, por tratar-se de "uma normatização da totalidade, do conjunto e, por conseguinte, não pode descer a detalhes particulares, limitando-se a estabelecer alguns princípios firmes sobre que repouse o resto da estrutura do Estado e do Direito, pois, de outro modo, tornar-se-ia inoperante, perderia solenidade, firmeza e eficácia e desvirtuar-se-ia, perdendo o seu caráter fundamental",<sup>(56)</sup> consoante lembra Garcia-Pelayo referido por Vicente Sabino Júnior.

É corolário dessa superlegalidade, o sistema de controle da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, criado e organizado num esquema e escala hierárquica, apresentando-se aqui a Carta Magna como a cúpula do ordenamento jurídico interno, em total predomínio sobre a legislação ordinária.

Essa necessidade de proteger a Lei Fundamental é antiga, percebida por Aristóteles em sua Constituição Ateniense, além de postulada por vários estudiosos da matéria. Ruy Barbosa<sup>(57)</sup>, na

---

56. SABINO JÚNIOR, Vicente. Inconstitucionalidade das leis. São Paulo, Sugestões Literárias, 1976, p. 18.

57. BARBOSA, Ruy. Op. cit. vol. IV, p. 26.

segurança do seu incontestável saber jurídico, cedo compreendeu o alto significado desse propósito, que seria letra nula, ineficaz, se ao lado não estivesse um terceiro equidistante, mas forte, quando provocado, para ditar a resolução do conflito de interesses envolvendo a ordem constitucional.

Caracterizado o fundamento do escudo da Carta Magna, calcado na sua incensurável supremacia, justifica-se plenamente a existência de um órgão cercado de garantias e revestido de força para ver acatada a sua decisão, como instrumento para manter os princípios constitucionalmente estabelecidos.

Consolidados esses pressupostos, surgiram três sistemas para exercê-lo: (58)

- a) por um órgão político, como preferia SIEYÉS;
- b) através de Tribunal comum;
- c) por intermédio de um Tribunal especial.

Os três sistemas, isoladamente, são estudados e, a seguir, discutidos.

---

58. SÁ FILHO, Francisco. Relações entre os Poderes do Estado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 304.

SISTEMA DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS— ATRAVÉS DE UM ÓRGÃO POLÍTICO —

Caracteriza-o um órgão específico com a precípua ou única finalidade de conferir a adequação de um ato jurídico, essencialmente a lei, a Constituição, operando simultaneamente com o funcionamento dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Benjamin Franklin apregoou-o na Pensylvania<sup>(59)</sup>, surgindo um Conselho de Censores com o encargo de velar pelo respeito à competência e harmonia dos Poderes instituídos, estando no vértice do ordenamento jurídico a Constituição. Integrava-o vinte e quatro membros, na condição de representantes das circunscrições políticas estaduais e da Capital, anualmente eleitos, aos quais era atribuído ainda convocar a convenção para a reforma da Carta Política, bem como propor ao Legislativo providências legais e mudanças nas deliberações. Optou, na oportunidade, o Estado de Nova York, pelo controle através de uma Comissão de Revisão, composta por juizes da Suprema Corte, presididos pelo Governador. Os vetos apostos poderiam insubsistir, caso a Assembléia Estadual, pelo quorum de dois terços, aprovasse novamente a lei impugnada.

Ainda na Convenção de Filadélfia discutiu-se o Plano da Virgínia, prevendo uma Comissão de Revisão para a conferência das leis, condicionando a vigência da legislação estadual ao

---

59. LOUREIRO JÚNIOR. O controle da constitucionalidade das leis.  
São Paulo, Max Limonad, 1957, nº 65/66, p. 86.

prévio crivo do Congresso Federal.

Essas instituições não vicejaram, por deixarem de oferecer os resultados esperados.

Sieyès, em França, foi outro adepto desse sistema, sustentando na Convenção a necessidade de um júri constitucional, com missão de conhecer e resolver as reclamações contra a ofensa de dispositivos da Lei Fundamental. As Constituições de 1799 e 1852 acolheram essa idéia, instituindo-se o "Senado Conservador" competente para exercer as funções do "Júri Constitucional", pois não "participando na elaboração legislativa, aquele órgão pronunciava-se sobre a validade das leis, quando o tribunate ou o Governo as reputasse inconstitucionais." (60) O controle, por esse sistema, era praticado antes da promulgação, com o detalhe curioso de que o decisum só acontecia a pedido do próprio Governo ou dos Tribunais. Manobrado pelo Executivo, avocando poderes típicos de legislador constituinte, interpretando e complementando a Constituição em oportunidades excepcionais, a entidade perdeu o caráter supremo da missão destinada, abstendo-se de guardar o Texto Básico francês, para exercer papel subalterno na política.

Aliás, essa função na doutrina clássica francesa era do Parlamento (61), representante soberano da Nação, mas passou a ser desempenhada por um órgão político especial.

Por outro lado, no Brasil Império, competia à Assembléia

---

60. RUSSOMANO, Rosah. Op. cit. p. 45.

61. CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 1977, vol. I, nº 183, p. 403.



Geral (artigo 15, inciso IX) "velar na guarda da Constituição", naturalmente vinculada ao Poder Moderador, através do qual o monarca deveria manter a independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

A Constituição Francesa de 5 de outubro de 1958, fiel às suas origens, prevê um Conselho Constitucional<sup>(62)</sup> de nove membros, três nomeados pelo Presidente da República, mais três através do Presidente da Assembléia Nacional e outros três pelo Presidente do Senado, compondo-o, por direito próprio e a título vitalício, os ex-Presidentes da República. Particularidade curiosa é o fato do Presidente desse órgão ser nomeado pelo Presidente da República, contrariando a tendência geral dos corpos colegiados elegerem a sua cúpula.

Avulta, como função proeminente desse Conselho Constitucional, a possibilidade de manifestar-se, antes da promulgação, sobre a adequação das leis ao Texto Básico.

Enquanto isso, na Carta Magna de 21 de fevereiro de 1974, a República Socialista Federativa da Iugoslávia, no artigo 375, estabeleceu a competência do Tribunal Constitucional, capaz de pronunciar-se sobre a conformidade das leis das Repúblicas ou das províncias autônomas com a lei federal e matéria ligada à fiscalização constitucional.<sup>(63)</sup>

---

62. MIRANDA, Jorge. Constituições de diversos países. Lisboa, Imprensa Nacional, 1979, vol. I, p. 321-322.

63. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. II, p. 115.

Conveniente se torna, no momento, observar que a Constituição brasileira, em vigor, prevê a figura do Conselho Constitucional (art. 159), presidido pelo Chefe da Nação e integrado pelo Vice-Presidente da República e mais os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, além do Ministro da Justiça e outro representando as Forças Armadas. Contudo e esse é o traço importante, não dispõe de atribuições para o controle da constitucionalidade das leis, estando mais vinculado à defesa das instituições políticas, pois é ouvido previamente antes da decretação do estado de emergência (art. 158).

Daí, a impossibilidade de nivelá-lo com o Conselho Constitucional francês ou o Tribunal Constitucional iugoslavo, por quanto estes, efetivamente, exercem a vigilância constitucional.

— ATRAVÉS DE UM ÓRGÃO JURISDICIONAL COMUM —

Esse sistema remonta à Inglaterra, quando no século XVIII o jurista e político Lorde Coke<sup>(64)</sup> defendeu a possibilidade do controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário, tese inacolhida nesse País, adepto da supremacia do Parlamento. Floresceu e irradiou-se, a partir dos Estados Unidos da América, onde a justiça passou a verificar a adequação da lei e de atos do poder público ao texto constitucional. Surgia a partir desse momento a revisão judicial (judicial review)

Esse poder de proclamar a ineficácia ou nulidade é exercido por um órgão jurisdicional de competência ordinária, a Suprema Corte, entre os norte-americanos.

Tocqueville,<sup>(65)</sup> abordando o judiciário estadunidense, observou o grande poder político enfeixado pelos magistrados dessa Nação, consubstanciado no fato de "reconhecerem nos juizes o direito de fundamentar seus veredictos na Constituição mais do que nas leis. Permitiram-lhes não aplicar leis que lhes pareçam inconstitucionais. Constatamos que direito similar foi, algumas vezes, reivindicado pelos tribunais de outros Países; mas nunca lhes foi concedido. Na América, é reconhecido por todos os Poderes; não se encontra partido nem indivíduo que o conteste".

Paradoxalmente isto não está claro na Constituição dos

---

64. GUSMÃO, Paulo Dourado de. Op. cit. p. 51.

65. TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. In os pensadores; XXIX Federalistas, São Paulo, Abril, 1973, p. 205-206.

Estados Unidos da América, mas, segundo predominante convicção, resulta da interpretação do nº 2, do artigo VI, o qual diz o seguinte: "Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do País. Os juizes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário". (66)

Trata-se, como se vê, de um princípio, definido vigorosamente pela jurisprudência, a partir de um atrito entre um ato do Congresso e a Constituição. Eclodiu num litígio de pouco relevo, quando o Secretário de Estado — James Madison — sem a devida autorização, nomeou William Marbury para juiz de paz. O caso ficou célebre, historicamente conhecido como "Marbury versus Madison", em que John Marshall, em 1803, afirmou a supremacia judicial ao declarar inconstitucional um ato do Congresso. (67)

O fundamento de Marshall era o desenvolvimento de um raciocínio lógico. A Constituição é a suprema lei do País, que a mais alta Corte jurou manter e da qual é a excelsa intérprete. Logo, a conclusão indica a nulidade ou ineficácia de um ato do Congresso, do Presidente ou mesmo de um Estado, quando chocar-se com a lei superior.

Essa tese robusteceu, persiste, apesar da inexistência até os dias atuais de poderes expressos no Texto Básico. É que

---

66. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. I, p. 290.

67. HARMON, M. Judd. Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, p. 145.

realmente "para os juristas americanos, pelo contrário, a decisão de seus tribunais sobre questões de constitucionalidade está implícita na própria essência do poder judicial que lhes é delegado pela Constituição". (68)

Entretanto, indispensável é proclamar, o caso *Marbury versus Madison* não foi o pioneiro na Suprema Corte americana, mas com ele a doutrina da revisão judicial (judicial review) adquiriu os contornos hodiernos. Ruy Barbosa, (69) em suas famosas *Cartas da Inglaterra*, resumidamente alinha decisões do mais elevado Tribunal norte-americano anulando atos do Congresso Federal. Referiu-se, em dezembro de 1851, ao litígio entre a *United States v. Ferreira* contra as leis de 3 de março de 1823, 26 de junho de 1834 e 3 de março de 1849, que conferiam aos tribunais de distrito atribuições extrajudiciais; *Dred Scott v. Standford* contra o ato legislativo que vedava a posse de escravos nos Estados setentrionais; *Gordon v. United States*. Dezembro de 1864, contra as secções 5 e 7 da lei de 3 de março de 1863, sobre apelações; *Ex parte Garland*. Dezembro de 1866, contra a lei de 24 de janeiro de 1865, concernente ao juramento de solicitadores e advogados nos tribunais federais; *Hepburn v. Griswold*. Dezembro de 1864, contra as leis de 25 de fevereiro de 1862 e 3 de março de 1863, relativas ao curso legal do papel-moeda; *United States v. De Witt*. Dezembro de 1869, contra a secção 29, c.169, da lei de

---

68. SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 25.

69. BARBOSA, Ruy. Cartas da Inglaterra. 2. ed., São Paulo, Itrace ma, 1966, p. 149-151.

2 de março de 1867, sobre a matéria penal, qualificando-a como exorbitante dos poderes atribuídos ao Congresso, além de outros veredictos famosos.

Esse acentuado poder de julgamento do texto legal não era bem aceito na sociedade americana; provocava fortes reações, a ponto de no Hepburn Case, em 1869, a Suprema Corte ver os seus membros aumentarem de 7 para 9. Posteriormente, ainda tentando reduzir o poder dos juizes, foi proposto o recall ou a destituição dos magistrados pelo voto popular, vigente, por sinal, em algumas Constituições dos Estados norte-americanos. Os Presidentes Taft e Wilson rejeitaram a sugestão, mas o Presidente Theodore Roosevelt, em determinado momento, pensou em utilizar a consulta popular, como derradeira instância, nos julgamentos de inconstitucionalidade, em face dos efeitos do provimento judicial negativo. O Senador La follete, em 1923, após o resultado sobre o Minimum Wage Law, do Distrito de Colúmbia, entendendo transgredida a 5ª Emenda sobre a liberdade de contrato, propôs a exigência de quorum mínimo para a manifestação da Suprema Corte, bem como a ineficácia do provimento judicial à vista de pronunciamento congressional por dois terços e controle preventivo da inconstitucionalidade pelo Tribunal da lei em elaboração.

As medidas postuladas, por reclamar reforma da Carta Magna, não prosperaram em meio aos clamores desencadeados.

Episódio sério ocorreu em 1936, durante o governo Delano Roosevelt, quando a Corte Suprema admitiu a inconstitucionalidade de atos do New Deal, de alcance puramente social. O Presidente, irresignado com o desfecho, reabriu o exame da conveniência de elevação dos membros do Tribunal de 9 para 15, com o obje

tivo de restringir a índole conservadora da instituição. A jurisprudência, posteriormente, foi reformada, admitindo a constitucionalidade das medidas sociais propostas, sem o aumento almejado por Roosevelt, que a esta altura teria dito "Perdi a batalha, mas ganhei a vitória". (70)

Recentemente, consolidando essa supremacia, em 1973, nos litígios Roe versus Wade e Doe versus Bonton, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da maioria das leis estaduais sobre aborto criminoso. Tormentoso e com profundos desdobramentos, nacionais e internacionais, foi o caso do ex-Presidente Nixon que pleiteava e lhe viu recusado o privilégio do Executivo esquivar-se ao recebimento de citação para a entrega de provas indispensáveis em ação penal. O epílogo foi a renúncia deste Presidente, a primeira na história norte-americana. Pouco depois, em 1976, desejando o Congresso evitar escândalos na campanha eleitoral, viu no litígio Buckley versus Valeo, a Corte Suprema julgar inconstitucionais dispositivos da Lei Federal de Campanha Eleitoral de 1974. (71)

Preferindo técnica diversa, o Brasil estabeleceu o controle expresso do Judiciário na constitucionalidade das leis, inserindo-o, com a República, na Constituição Provisória de 1890, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, repetido no Decreto 848, também de 1890, organizando a Justiça Federal,

---

70. SÁ FILHO, Francisco. Relações entre os Poderes do Estado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 299.

71. HARMON, M. Judd. Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1978, p.

fixou no artigo 3º o princípio de que, na guarda e aplicação da Lei Fundamental, a jurisdição só seria prestada mediante pedido da parte interessada. Em 1891, na Constituição, esse princípio foi mantido, soando no artigo 59, nº 3, letra b, que ao Supremo Tribunal compete pronunciar-se "quando se contestar a validade de leis, ou de actos dos governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas", dispondo também no artigo 60, letra a, sobre a competência dos juizes e Tribunais Federais processarem e julgarem "as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal".

Essa concessão de poderes foi exercida com certo acanhamento, fato absolutamente normal, pois a doutrina norte-americana só mostrou desembaraço com Marshall. O desenvolvimento do controle judicial no Brasil foi melhor definido na reforma da Constituição de 1891, ocorrida em 1926, explicitando-se as hipóteses de prestação jurisdicional.

O princípio foi conservado na Constituição de 1934, aperfeiçoando-se apenas a técnica da fiscalização, haja vista o conteúdo do artigo 179 que diz: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do poder público". A inovação foi inspirada no modelo estadunidense, de tal sorte, evitando decisões nessa matéria, por maioria simples.

Ampla polêmica deflagrou o vocábulo tribunais, introduzido naquele artigo, passando expressiva corrente a sustentar a incompetência do juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitu



cionalidade de leis e atos do poder público. A interpretação literal ou gramatical não vingou, pois tal faculdade era anteriormente exercida pelos magistrados monocráticos e não se deduzia o caráter restritivo do constituinte. Afinal, prevaleceu a interpretação extensiva do texto básico, cuja lei disse menos do que deveria consignar.

A Constituição de 1934, artigo 91, incluiu na competência do Senado Federal a função complementar de controlar a constitucionalidade das leis, ao dispor no inciso II "examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo e suspender a execução dos dispositivos ilegais", enquanto no inciso IV consignou: "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário".

O legislador de 1937, com modificações redacionais, repetiu o princípio da Carta Magna de 1934, confirmando na competência do Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade. O artigo 101, inciso III, letras b e c, que respectivamente dizem: "quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada" e "quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal e a decisão do tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado".

O quorum, calcado na maioria absoluta, foi conservado, mas o parágrafo único do artigo 96 dessa Constituição trouxe novidade estranha à doutrina brasileira. É que, declarada a incons

titucionalidade, o Presidente da República, a seu critério, quando estivesse em questão o bem-estar do povo, a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia submeter novamente ao Parlamento a matéria. Este, caso mantivesse, por dois terços em cada uma das Casas Legislativas, o diploma acarretaria a ineficácia do provimento judicial.

A inovação gerou enorme celeuma, com defensores vendo, na medida, uma forma adequada de funcionamento dos Poderes, com freios e contrapesos equilibrados e sucessíveis de estabelecer a harmonia na tripartição clássica acolhida, enquanto outros objetavam com a ocorrência de grave perturbação no Direito e na Justiça, em que se chegaria a soluções jurídicas, com preocupações políticas de conveniência.

O Constituinte de 1946 retornou ao sistema antigo, conforme se verifica do inciso III, letras a a d do artigo 101, da Lei Fundamental, em que está clara a possibilidade de interposição do recurso extraordinário na hipótese da decisão atritar o Texto Básico, a lei federal ou tratado, ou ainda quando se questionar a validade de lei federal em face da Constituição e o verdicto recorrido negar aplicação à lei impugnada. O permissivo constitucional autorizava o recurso extraordinário quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou de lei federal e a decisão recorrida julgasse válida a lei ou ato. O dissídio jurisprudencial entre os Tribunais do País ou com o próprio Supremo na interpretação da lei, permitia o uso de idêntico recurso. O Tribunal Federal de Recursos foi criado nessa oportunidade e das suas decisões também cabia o acesso à Corte Suprema, com apoio na letra d do inciso III do artigo 101.

O quorum de dois terços dos Tribunais foi repetido, mas o Presidente da República ficou privado de solicitar novo pronunciamento do Legislativo, caso o Supremo Tribunal declarasse a in constitucionalidade de lei.

A competência do Senado para suspender a execução de lei ou decreto, por provimento definitivo, declarados in constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, foi restaurada.

Em 1967 a nova Constituição acatou o princípio anteriormente consagrado, continuando o Supremo Tribunal abroquelado no artigo 114, inciso III, letras a a d, competente para conhecer de recurso extraordinário contra veredicto de qualquer tribunal, inclusive do Tribunal Federal de Recursos, quando fosse contraria do dispositivo da Constituição ou negado vigência de tratado ou lei federal, ou no caso de declaração de in constitucionalidade de tratado ou lei federal, ou então fosse julgado válido lei ou ato do governo local, contestado perante a Constituição ou lei federal.

O Senado Federal prosseguiu competente para suspender os efeitos de leis declaradas in constitucionais por decisão definitiva da Corte Suprema.

Os Tribunais, por outro lado, não poderiam manifestar-se sobre matéria constitucional, senão através da maioria absoluta de seus membros. O Presidente da República perdeu a faculdade de solicitar novo pronunciamento legislativo a respeito de texto judicialmente declarado in constitucional.

Abstraindo a controvérsia sobre se realmente temos como Constituição a Lei Fundamental de 1969, o fato é que a Emenda nº

1, de 17 de outubro do mesmo ano, alterou a Carta Magna de 1967, mas sem modificar o sistema de controle da constitucionalidade das leis e atos do poder público. Em 13 de abril de 1977, a Constituição Federal foi mudada, desta feita pelas Emendas nº 7 e 8, apenas a primeira cuidando do problema enfocado. O princípio ficou idêntico e a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal permaneceu intacta. O inciso V, do artigo 144 permitiu a criação do chamado "órgão especial" nos Tribunais de Justiça, com número superior a vinte e cinco desembargadores, composto de, no mínimo, onze e com o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício de funções jurisdicionais e administrativas da competência do Tribunal Pleno, sujeito o provimento a maioria absoluta de seus integrantes, em matéria de inconstitucionalidade.

O Tribunal Federal de Recursos, através do parágrafo 2º do artigo 121 da Constituição de 1969, foi autorizado a criar o "órgão especial" com as atribuições do Tribunal Pleno.

Os juízes singulares, também conhecidos como de primeiro grau, têm competência para declarar inconstitucionais, não só os atos normativos do poder público, mas aqueles de caráter individual, praticados por seus agentes. Interposto, todavia, recurso, a instância superior deverá decidi-lo sempre com a presença da maioria absoluta dos seus integrantes.

A Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977, introduziu na competência do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de mediante provocação do Procurador-Geral da República, interpretar lei ou ato normativo inconstitucional, tanto federal como estadual.

Trata-se de exegese, em tese, exigindo, por isso, dúvida para o exercício desse instituto. A manifestação da Suprema Corte

nesse caso adquire a eficácia de antecipação da Súmula, apta a evitar controvérsias inúteis. O alcance prático dessa providência é profundo, pois a persistência do debate seja viável, será rejeitada se levada ao órgão máximo da Justiça brasileira.

O sistema de controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário é largamente aceito, inclusive na América Latina, haja vista que a República Venezuelana também o adota, como atesta o nº 4 do artigo 215 da Carta Magna desse País. (72)

---

72. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. II, p. 395.

— ATRAVÉS DE UM ÓRGÃO JURISDICIONAL ESPECIAL —

Largamente empregado é o sistema de um órgão jurisdicional especial para as funções de conhecer e julgar os litígios relativos à constitucionalidade das leis. A República Federal da Alemanha, na Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, o adotou, incluindo no âmbito do Poder Judicial, o Tribunal Constitucional Federal (artigo 93), com a competência também de fiscalizar a compatibilidade da legislação, com a letra da Carta Magna. (73) Integram-o, juizes federais e outros membros eleitos em partes iguais pela Assembléia Federal e pelo Conselho Federal, mas si multaneamente não poderão ser membros da Assembléia Federal, do Conselho Federal, do Governo Federal ou órgãos análogos dos Estados.

A República da Itália, em sua Lei Maior de 27 de dezembro de 1947, com a finalidade de resolver as controvérsias sobre a constitucionalidade das leis e atos com força de diploma, oriundos do Estado e das regiões, além de outras competências, instituiu o Tribunal Constitucional, organizado com quinze membros, nomeados um terço pelo Presidente da República, outro terço através do Parlamento em sessão conjunta e ainda um terço pelos juizes dos supremos tribunais ordinários e administrativos, escolhidos, por sinal, entre professores universitários de disciplinas jurídicas, advogados com mais de 20 anos de exercício profissional e magistrados dos tribunais superiores. O Presiden

---

73. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. I, p. 58-59.

te desse órgão é eleito entre os seus pares. (74)

Igualmente a Espanha mantém um Tribunal Constitucional de doze membros nomeados pelo rei, independentes e inamovíveis durante o mandato, sujeitos aos mesmos impedimentos dos magistrados. Os seus componentes são escolhidos entre os juizes, professores universitários, funcionários públicos, advogados, integrantes do Ministério Público, detentores de notório saber jurídico, aliado a mais de quinze anos de atuação profissional. (75)

O critério para nomeação dos membros é o seguinte: quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus componentes, quatro mediante indicação do Senado, também pela maioria exigida pelo Congresso, dois através do Governo e mais dois nomes encaminhados pelo Conselho Geral do Poder Judicial.

Compete substancialmente a esse órgão (artigo 161) a vigilância constitucional, decidindo os recursos interpostos.

Singular é o mecanismo da atual Constituição Portuguesa, fortemente influenciado pelo movimento das Forças Armadas, que surgiu em 25 de abril de 1974, pondo fim ao regime Salazarista. Foge, em linhas gerais, ao sistema dos países vizinhos da Europa, justamente por envolver o Conselho da Revolução.

O judiciário não declara a inconstitucionalidade de lei. O controle desta compete ao Conselho da Revolução e à Comissão

---

74. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. II, p. 31.

75. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. I, p. 270-271.

Constitucional, que o exercem preventiva e repressivamente. Aquele é composto do Presidente da República, do Chefe do Estado-Maior, General das Forças Armadas e, quando exista, do Vice-Chefe desse órgão, além dos Chefes de Estado-Maior dos três ramos das Forças Armadas, do Primeiro Ministro, caso seja militar e mais catorze oficiais, oito do Exército, três da Aeronáutica e ainda três da Marinha, designados pelas forças onde servem. Enorme é o seu poder, com controle de fato e de direito o Presidente da República, o qual antes de promulgar lei ou decreto-lei, ou aprovar tratado ou acordo internacional, deve ouvi-lo para efeito de fiscalização da constitucionalidade.

A Comissão Constitucional, por sua vez, integrada por elemento indicado pelo Conselho da Revolução, como presidente e voto de qualidade, mais quatro juizes, um apontado pelo Supremo Tribunal de Justiça e os demais pelo Conselho Superior da Magistratura, um componente dos Tribunais da relação e dois dos tribunais de 1ª instância, além de um cidadão de reputação ilibada, designado pelo Presidente da República, outro indicado pela Assembleia da República, bem como mais dois cidadãos, um dos quais jurista, com os nomes encaminhados pelo Conselho da Revolução.

Cabe-lhes julgar as questões de inconstitucionalidade e matéria análoga, emitindo parecer em hipóteses específicas, quando solicitados pelo Conselho da Revolução. (76)

Trata-se, como se vê, de um mecanismo complexo e burocrático, próprio do momento histórico português.

---

76. MIRANDA, Jorge. Op. cit. vol. II, p. 226, 227, 272 e 273.



#### IV. AS MANIFESTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

AS MANIFESTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A vontade legislativa, em tese, é lei, pois todo parlamentar tem a possibilidade de propô-la, derrubando uma norma precedida de cuidadosa elaboração. O contraste é de que as vezes, nesse momento, sequer, a maioria simples representará expressivo contingente de eleitores e muito menos a Nação. É a máquina de fazer leis, acionada pelo sufrágio popular, contida, em parte, pela morosidade do trabalho parlamentar, não raro salvando preciosas disposições. Mas, agravando o problema, abalando a estabilidade do ordenamento jurídico, o decreto-lei facilitou o ímpeto legiferante. (77)

Essa abundância normativa, suscetível de causar angústia ao cidadão, sempre obrigado a conhecê-la, é o terreno fértil de leis, rompendo o arcabouço jurídico do País. A unidade de ordem jurídica deve ser preservada, como efeito do Estado Federal, em que há mero fenômeno de descentralização. Caracteriza-se por diversas unidades políticas, com autonomia própria, ao lado de uma unidade maior, a nacional, cujo predomínio é indiscutível. Alinham-se entre os seus pressupostos, os seguintes: a) a participação ou colaboração das unidades políticas, ou seja, dos Estados-membros no preparo da vontade nacional; b) a existência de autonomia, através da qual esses Estados recebem poderes de auto-organização constitucional, inclusive para le

---

77. RIPERT, George. Regimen democrático e o direito civil moderno. São Paulo, Saraiva, 1937, p. 29

legislar em matéria de sua competência. (78)

Portanto, num único território convivem dois poderes, o federal e o estadual, interdependentes e harmônicos, sem confronto, porque as esferas de competências são fixadas na Constituição. A autoridade, por exemplo, do legislador central é limitada pela dos órgãos legislativos das unidades governamentais da mesma federação. Essa restrição de poder, essencial no federalismo, acarreta relações jurídicas.

Assim, uma norma jurídica é válida quando é elaborada conforme o procedimento estipulado em outra de nível mais elevado, fazendo nascer: 1) a compatibilidade com as normas da mesma ordem jurídica; 2) a exigência de uma lei suprema para fundamentar a eficácia das subseqüentes. Diante disso, tem-se as relações de compatibilidade vertical e as de compatibilidade horizontal. Ocorre a primeira entre normas de paridade superior e de nível inferior, resolvendo-se o atrito em favor das normas de grau superior, por ser a base de eficácia da inferior.

Isso configura, em última análise, a relação entre a norma chamada fundante, a Constituição, com a norma fundada, também conhecida como de grau inferior, ambas alicerçando o sistema de hierarquia das leis.

A compatibilidade horizontal aparece entre normas de grau idêntico, determinando o confronto a invalidade de uma das duas. Soluciona-se pela prevalência da lei posterior no tempo, com a derrogação da primitiva. A data em que a lei foi sanciona

---

78. SILVEIRA NETO. Teoria do Estado. 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 251-252.

da é um elemento valioso a ser considerado no deslinde de eventual conflito. (79)

O magistério de Carvalho Santos, invocando conceito de Ruy Barbosa, observa não serem leis os atos legislativos que não acatarem a Constituição. (80)

Todavia, os modos de manifestação da inconstitucionalidade são dois: a) material; b) formal. A inconstitucionalidade material resulta do desajuste da norma fundada com a fundante. É também encontrada como conflito direto, caso exista a oposição da lei à norma constitucional. A apreciação do Supremo Tribunal Federal na Representação nº 926-PE<sup>(81)</sup> ilustra a hipótese. O Poder Judiciário, por resolução, pela maioria dos seus membros, dispunha sobre a divisão e organização judiciárias do Estado. Havia, pois, competência legiferante dos Tribunais, mas acarretando aumento da despesa pública, a iniciativa do processo legislativo desloca-se para o Executivo. Ora, invadindo o Tribunal Pernambucano a seara do Executivo, a Corte Suprema deu pela procedência da Representação do Procurador-Geral da República.

É a típica inconstitucionalidade material pela contrariedade da Resolução com a Carta Magna.

---

79. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 200.

80. SANTOS, J. M. Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. 11. ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, vol, I, nº 11, p. 18.

81. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v. 76, p. 22.

A manifestação formal é a infringência criada para a elaboração da lei, como a respectiva competência do órgão legislativo e modernamente o desprezo de formalidades especiais nos trabalhos parlamentares.

O Supremo Tribunal Federal, no mandado de segurança nº 20.257-DF<sup>(82)</sup> e do qual foi relator o Ministro Moreira Alves, admitiu a medida "em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes do projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição". Apesar disso, negou o writ por inexistir direito líquido e certo para os Senadores deixarem de apreciar a proposta de Emenda Constitucional, prorrogando mandatos de dois para quatro anos.

O importante, desse precedente, é a tese da inconstitucionalidade formal por quebra de prescrições na marcha do processo legislativo.

---

82. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, v. 99, p. 1031.

Todavia, a ofensa de direitos e garantias individuais são os conflitos mais assíduos nos Tribunais, não só por afronta a texto expresse, mas ao próprio espírito da Lei Fundamental.

PROCEDIMENTOS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE— PREVENTIVO —

Interpretando-se o Texto Básico Federal, chega-se à conclusão de serem preventivo e repressivo os procedimentos de controle. Ocorre o primeiro como atividade tendente a obstar a entrada no ordenamento jurídico de normas que, ao serem propostas, antecipadamente, demonstrem incongruência com a Constituição. Essa técnica largamente empregada, faz parte do processo legislativo, em mecânica exercitada independentemente de provocação, mas existe, igualmente, na área do Executivo, outro instituto jurídico com idêntica finalidade, é o veto. Portanto, o controle preventivo existe no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo.

Estatui o artigo 30, parágrafo único, letra a, da Lei Fundamental, ao tratar do Legislativo, que "na constituição das comissões, assegurar-se-á, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos nacionais que participem da respectiva Câmara", estruturando, por conseguinte, esse poder em comissões, previstas no Regimento Interno das duas Casas. É que "cada comissão é uma pequena Câmara. Por isso é que a sua constituição tem que ser reprodução em miniatura da Câmara respectiva."<sup>(83)</sup> Entre as comissões, preponderantemente, atua ligada aos assuntos da Constituição e Justiça, precedendo ao Plenário na análise dos projetos de lei.

---

83. OLIVEIRA FILHO, João de. Legislativo: poder autêntico. Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 118.

Porém, mesmo opinando esse órgão sobre a conformidade da proposta à Carta Magna, ainda, assim mesmo, em Plenário, a inconstitucionalidade pode ser argüida e aceita, afastando, cautelosamente, o vício esboçado.

Preventivamente, controla-se pela interferência do Presidente da República no processo de elaboração da lei, turbando-lhe o iter normal. O efeito imediato desse exercício é exteriorizado no veto, autorizado pelo parágrafo 1º do artigo 59 da Constituição e ato a deter a conversão do projeto de lei em norma jurídica perfeita e acabada. Reclamará, contudo, novo pronunciamento do Legislativo sobre a matéria.

Esse incidente procedimental, por ser suspensivo ou concludente, corta de vez, se mantida, a oportunidade do interesse cogitado receber a tutela jurídica.

O nosso País acolhe apenas essas duas modalidades de controle prévio, insuscetível de alcançar o ato normativo, mas conveniente para barrar projeto de lei. A França executa a mesma verificação com o auxílio do Conselho Constitucional, enquanto em Portugal o Conselho da Revolução tem tarefa análoga.

O sistema implantado no Brasil, olhado à luz do federalismo, é tecnicamente mais vantajoso, articulando o funcionamento dos Poderes e deixando ao Judiciário o controle repressivo.



OS MODOS DE CONTROLE REPRESSIVO— EXCEÇÃO OU DEFESA —

Apesar do controle preventivo impedir o ingresso de leis inconstitucionais no ordenamento nacional, é o repressivo, executado pelo órgão jurisdicional, aquele a somar o maior número de partidários. Os motivos catalogados são diversos: a profissionalização dos magistrados, afeitos às questões jurídicas; os predicamentos do cargo (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos); o contraditório no processo; a perspectiva de exaustão da vida recursal; a sensibilidade acentuada para detectar a inconstitucionalidade.

Consagra o direito pátrio para esse mister a via de exceção ou de defesa e o caminho da ação direta, figurada na representação do Procurador-Geral da República, como titular único do deflagramento.

O primeiro modo tem um ângulo curioso. O lesado não afronta imediatamente o ato, mas compelido aos seus efeitos, reage contra o aplicador. Essa forma propicia, a qualquer dos integrantes da relação jurídico-processual, o direito de resistir à pretensão deduzida em norma inconstitucional. Interessante ainda é que se a matéria não for conhecida pela Suprema Corte, terá somente eficácia entre as partes, pois haverá obstáculo à incidência do mecanismo suspensório da lei pelo Senado Federal.

Configura esse instituto: a) o exercício "à vista de caso concreto, de litígio posto em juízo; b) o juiz singular poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ao solucionar o litígio entre partes; c) não é declaração de inconstitucio

validade de lei em tese, mas exigência imposta para a solução do caso concreto; d) a declaração não é o objetivo principal da lide, mas incidente". (84)

A exceção ou defesa alcança o Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário, que é extremo, verdadeiramente excepcional. A sua origem está no direito norte-americano. (85) Inspirou-se no Judiciary Act, de 24 de setembro de 1789, o qual estruturou a justiça da União, inserindo na competência recursal da Corte Suprema, afora conhecer dos recursos contra decisões de grau inferior, a revisão das sentenças terminativas da justiça estadual, nas seguintes hipóteses: 1) decisão reconhecendo a validade de tratado, lei, ou ato de autoridade, questionada frente à Constituição; 2) validade de lei ou ato de autoridade do Estado, impugnada em confronto com tratado da União, lei ou a Constituição; 3) provimento judicial contra o título, direito, privilégio, ou isenção, invocados como base da discussão apoiada em interpretação de cláusula da Constituição, de tratado, lei ou concessão.

Esses permissivos possibilitavam a revisão, pela Suprema Corte, da sentença terminativa da justiça estadual. A matéria era suscitada através do writ of error, instituto jurídico dessa Nação, exercitável mediante iniciativa da parte ao tribunal estadual, que o encaminhava ao superior para reexame. Provida a súplica expedia-se um mandado.

---

84. TERMER, Michel. Elementos de direito constitucional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 31-32.

85. BERMUDEZ, Sérgio. Comentários ao código de processo civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, vol. VII, p. 234.

O nosso recurso extraordinário é semelhante ao existente no direito americano, surgindo no Brasil após a proclamação da República, inicialmente no artigo 9º, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, pois o artigo 1º desse diploma, organizador do Judiciário da União, previa o Supremo Tribunal Federal. A Carta Magna de 1891 (artigo 59, § 1º) manteve a criação. O nomem iuris tal como hoje é conhecido apareceu no Regimento Interno do Tribunal mais elevado do País, em 26 de fevereiro de 1891, repetido na Lei nº 221, de 20 de novembro do mesmo ano e no artigo 76, inciso III, da Constituição Federal de 1934, sendo reproduzido nas subseqüentes. (86)

Alfredo Buzaid na "Nova Conceituação do Recurso Extraordinário na Constituição do Brasil", destaca o surgimento desse recurso "como uma exigência do regime federativo que, supondo a dualidade legislativa emanada da União e dos Estado, reconhece, contudo, a supremacia da Constituição e das leis federais, cuja vigência se estende a todo o território da República. E para evitar que cada Estado se arvorasse em unidade soberana na aplicação do direito federal, dando lugar a diferentes maneiras de atuá-lo em cada caso concreto, foi instituído o recurso extraordinário com o propósito de assegurar o primado da Constituição e a unidade da jurisprudência do direito federal". (87)

O inciso III do artigo 119 da Constituição em vigor

---

86. MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 1975, vol. VII, 2. parte, p. 175.

87. FADEL, Sérgio Sahione. Código de processo civil comentado. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, t. t. III, p. 182.

(1969), ao cuidar da competência da Suprema Corte brasileira, reza: "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal."

Conclui-se, de imediato, a impossibilidade do recurso extremo contra provimento de primeiro grau, por ser exclusivo de causas apreciadas pelos Tribunais. Avultam ainda os pressupostos da questão federal controvertida e do dissídio jurisprudencial, a primeira ocorrente à vista da inconstitucionalidade de lei federal, ou invalidade de lei ou ato de governo local frente à lei federal ou Carta Magna, ou denegação à vigência de lei federal, ou tratado e a segunda buscando a uniformização dos julgamentos, quando estiver em causa a interpretação de lei federal.

Todavia, o acesso ao Supremo Tribunal está subordinado ao prequestionamento da matéria nas instâncias tramitadas, observando em suas Súmulas "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal,

suscitada" (nº 282), enquanto "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento" (nº 356).

Esse rigor, embora abroquelado processualmente, dificulta o seu exercício, prejudicando o seu alto significado no contexto constitucional, apesar da clareira aberta pelo próprio Supremo Tribunal, quando julgou: "recurso extraordinário pode ser conhecido com fundamento outro que não o indicado, quando o fundamento omitido ressalta da discussão". (88)

Por outro lado, causa certa perturbação o entendimento da Súmula nº 400 do mesmo órgão jurisdicional, assentando: "Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do artigo 101, III, da Constituição Federal". O trancamento da exceção por esse motivo limita, restringe drasticamente o controle da constitucionalidade, porque, em matéria de julgamento, o decisum só poderá interpretar correta ou erradamente a lei.

Ora, o tão-só fato de ser considerada razoável o deslinde, mostra que o julgamento não foi o melhor, o que vale dizer, é errado, inseguro por esquivar-se a uma manifestação positiva ou negativa. Daí se vê a impossibilidade de conciliar-se o verdadeiro com o instável, em autêntica esQUIVA da Suprema Corte de uma das suas importantes finalidades.

---

88. REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro, São Paulo, Forense, v. 257, p. 199.

Compromete esse ponto de vista o federalismo e a isonomia, por ser estranho admitir-se como razoáveis pretensões anocradas na mesma norma jurídica e com interpretações díspares.

Aperfeiçoar-se-á o recurso extraordinário, o controle da constitucionalidade afastando essa orientação, já comprometida a partir do momento em que se impõe alçada.

No âmbito dos Tribunais, estaduais ou federais, há o recurso de apelação provocando um novo pronunciamento sobre a matéria julgada em primeira instância. Esse instituto, apesar de controvérsias sobre sua origem, remonta à appellatio do direito romano e hoje é a apelación na Espanha e no direito hispano-americano, o appel na França e na Bélgica, o appello na Itália, o berufung na Alemanha e Austria, o appeal na Inglaterra e nos Estados Unidos, vigorando em Portugal com nome idêntico ao do nosso País. (89)

Esse recurso é assentado sobre a hierarquização dos graus de jurisdição e será, quando interposto, decidido pela superior. É destacada no apelo como preliminar e na instância ad quem há "necessidade de apreciação pelo órgão fracionário, da arguição, que, uma vez rejeitada, prosseguirá o julgamento; admitido encaminhamento do caso ao Tribunal Pleno", (90) pois "é da competência do Tribunal Pleno, a declaração de inconstituição

---

89. MOREIRA, J. C. Barbosa. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro, São Paulo, 1974, vol. V, p. 321.

90. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Relator Des. Trompowsky Taulois Florianópolis, vol. 33, p. 661.

nalidade de lei", (91) consoante se infere do estatuído nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, ao cuidar da declaração de inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público pelos Tribunais.

Todavia, "o relator do incidente de inconstitucionalidade no Plenário do Tribunal, será o Juiz que, em tal qualidade, lavrou o acórdão perante a Câmara". (92)

A competência do Pleno dos Tribunais e o quorum exigido para julgamento da matéria são pressupostos inafastáveis, acarretando vício suscetível de anulação, quando invocado. Colhe-se esse entendimento do aresto a seguir transcrito "Inconstitucionalidade do artigo 4º, da Lei Estadual nº 6.472/72. Sua declaração por uma das Turmas do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco. Violação do artigo 116 da Emenda Constitucional nº 1/69. Recurso conhecido e provido". (93)

Impera, ainda, nos Tribunais a tese de que, incidenter tantum, a inconstitucionalidade só é declarada quando necessária para o deslinde da causa, sem o que inexiste a oportunidade de examiná-la. Esse princípio está assentado. (94)

---

91. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Relator Des. Cerqueira Cintra. Florianópolis, vol. 25, p. 46.

92. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Relator Des. May Filho. Florianópolis, vol. 33, p. 238.

93. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Min. Cunha Peixoto. Brasília, vol. 93, p. 238.

94. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Min. Thompson Flores. Brasília, vol. 96, p. 778.

A inconstitucionalidade pode ainda ser atacada no juízo a quo, competente para declará-la, através de prefacial ou levantado "o incidente por iniciativa própria"<sup>(95)</sup> do magistrado. Essa mecânica é largamente utilizada e produz, quando a matéria é acolhida, a sanção de ineficácia da lei entre os participantes da relação jurídico-processual.

Contudo, até hoje sustenta-se, inclusive por conveniência de momento ou técnica de defesa, a impossibilidade do Juiz de Direito atuar nessa competência. Os Tribunais, entre eles o do nosso Estado, repelem tal assertiva, admitindo, tranquilamente, o conhecimento da questão na primeira instância.

O Desembargador Aluizio Blasi, na apelação cível nº 11.262, da comarca de Rio do Sul, manteve esse rumo, destacando a sentença do Dr. Juiz de Direito, analisou todas as questões propostas, rejeitando as preliminares suscitadas pela Prefeitura Municipal de Rio do Sul e, no mérito, julgou "procedente a presente ação, para o fim de declarar inconstitucional a parte final do artigo 13 da Lei 1.018, de 10 de maio de 1974 e, de conseqüente, sua não aplicação à hipótese dos autos, posto que promulgada com infração ao prescrito no artigo 153, § 1º, da Constituição Federal".<sup>(96)</sup>

---

95. CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 1977, nº 185, p. 406.

96. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Relator Des. Aluizio Blasi. Florianópolis, vol. 32, p. 250.



REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

É nominada também como ação direta de declaração de in constitucionalidade e tem o escopo de conseguir a invalidade da lei, em tese, ao contrário da matéria deduzida na exceção, que busca resolver caso concreto. O alvo maior é expungir a lei inquinada ou o ato normativo do sistema em que está introduzida.

O direito brasileiro sempre abraçou a corrente da ampliação do controle, dando passo significativo com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, cujo artigo 2º deu nova redação ao artigo 101 da Constituição de 1946, estabelecendo na letra k do inciso I, a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar "a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual".

O avanço parece imperceptível à primeira vista, mas antes estava circunscrito apenas ao parágrafo único do inciso VII do artigo 8º da Carta Magna de 1946, que dizia: "No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal e, se este a declarar, será decretada a intervenção". As letras a a g legitimadoras da intervenção federal eram:

- a) *"forma republicana representativa;*
- b) *independência e harmonia dos poderes;*
- c) *temporiedade das funções eletivas, limi*  
*tada a duração destas a das funções fede*  
*rais correspondentes;*
- d) *proibição da reeleição de governadores e*  
*prefeitos para o período imediato;*

- e) *autonomia municipal;*
- f) *prestação de contas da administração;*
- g) *garantias do Poder Judiciário."*

Destarte, a ação direta subordinava-se ao enquadramento da norma infringente a um dos permissivos para a decretação da intervenção federal nos Estados-membros, excluindo-se a exegese sobre a possibilidade de ser alcançada a inconstitucionalidade praticada pelo poder central. Aliás, no âmbito estadual a interpretação também era restrita, embora como defesa ou exceção, o campo de discussão fosse maior.

Ora, o mérito da Emenda nº 16/65 foi afastar essas restrições para a deflagração da ação direta, estendendo-a aos atos normativos federais ou estaduais, sem prejudicar as atribuições ordinárias do Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967, no artigo 114, inciso I, letra 1, manteve a linha da Emenda nº 16/65, cuidando da intervenção federal nas hipóteses do inciso VII, do artigo 10, mas deslocou a competência suspensiva do ato ou lei inconstitucionalmente declarada, passando-a da esfera congressual para o Presidente da República. Porém, o decreto de intervenção deveria, posteriormente, ser submetido ao Congresso Nacional.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve o alargamento do controle através da representação, modificando apenas o número do artigo, que de 114 passou para 119, mas conservando o inciso I e a letra 1.

O Procurador-Geral da República recebeu ainda, pela Emenda Constitucional nº 7/1977, a atribuição para, através de representação, provocar, no Supremo Tribunal Federal, a interpreta

ção de lei ou ato normativo inconstitucional, federal ou esta  
dual, frente a simples dúvida, valendo a provisão judicial como  
antecipação da Súmula. Em verdade, esse decisum não implicará no  
corte da lei ou ato normativo do sistema, mas na sua permanência  
com exegese incontroversa, firmada pelo maior Pretório do País.

Diverso é o efeito da ação direta, mais abrangente e po  
sitivo, pois exclui a lei ou ato normativo do sistema. Contudo,  
incidentalmente poder-se-á concluir pela inconstitucionalidade,  
alargando-se os seus efeitos, bastando para isso comunicar-se, lo  
go após, ao Senado Federal, que poderá suspender a execução da  
matéria judicialmente apreciada.

LEGITIMIDADE ATIVA PARA A AÇÃO DIRETA

O Procurador-Geral da República e o Procurador-Geral da Justiça, nos Estados-membros, são constitucionalmente legitimados para detonarem o processo controlador, com exclusividade, por intermédio de Representação. Isso equivale, na prática, a recusa do ordenamento em permitir a qualquer povo ou pessoa moral, pública ou privada, deflagrar o mecanismo acionador do esquema.

O substrato dessa importante atribuição reside na missão do Ministério Público, instituição em que não há lugar para o interesse pessoal, preponderando o coletivo, cujo desejo será ver expungido o inconstitucional da legislação. Em Roma e mesmo na Grécia, aparecem os fundamentos do Ministério Público como órgão de defesa social, mas é na França que surge como vinculado à defesa do Estado, sem ligação subalterna com o rei, pois gozavam de relativa independência. A História indica que em 1670 teria a instituição assumido o seu verdadeiro lugar, sendo no Brasil, de 7 de março de 1609, a primeira lei cuidando do Promotor de Justiça, do Procurador do Fisco e do Procurador dos Feitos da Coroa. Mas foi o "Aviso" de 16 de janeiro de 1883 que deu ao Promotor de Justiça o seu caráter de "Fiscal da Lei". O período marca a evolução do órgão em sua tríplice atividade: promover, opinar e assistir nos limites da lei, uma vez que a Carta de 1824 não fez a menor alusão ao Ministério Público, olvidando-o totalmente.

A Constituição de 1891 também não tratou do assunto, fazendo-o a de 1934, ao consagrar o ingresso, mediante concurso, com a possibilidade de perda do cargo por sentença judiciária ou processo administrativo. Essa disposição era extensiva ao

Ministério Público estadual. (97)

Essa instituição tinha a finalidade cooperadora nas atividades governamentais, junto com o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos.

A Lei Fundamental de 1937 fez referências ao Ministério Público, assegurando-lhe um quinto dos lugares nos Tribunais de Apelação, mas deslocou as suas garantias para a legislação ordinária.

O Constituinte de 1946 trouxe novamente o órgão ao nível adequado, cuidando-o em título especial, inclusive da sua organização junto à Justiça comum, militar, eleitoral e do trabalho, determinando que os Estados o estruturassem em carreira. Assegurou aos seus membros:

- 1) o ingresso nos cargos iniciais de carreira mediante concurso;
- 2) estabilidade após dois anos de carreira, com perda do cargo por sentença judiciária ou processo administrativo, em que fosse facultada ampla defesa;
- 3) irremovibilidade, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

A Constituição de 1967 "caminhando, todavia, para concepções mais avançadas que defendem certa descentralização funcional

---

97. TRIGUEIRO, Oswaldo. Direito constitucional estadual. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 220-221.

nal para o Ministério Público, procurando isentá-lo das influências do Poder Executivo, por um perigo o exercício de tais funções por elementos facciosos",<sup>(98)</sup> introduziu na secção IX do capítulo "Do Poder Judiciário" as normas relativas a essa instituição. Concedeu-lhe idênticas garantias do texto anterior, extensivas ao Ministério Público dos Estados.

Observa-se que na Carta Magna de 1969, o capítulo VII, do Poder Executivo, voltou a abrigar na secção VII o Ministério Público, mas a Emenda nº 7, de 1977, mesmo conservando as garantias já destacadas aos membros do órgão, deu nova redação ao artigo 96, dizendo "lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual...".

Efetivamente isso aconteceu, pois em 15 de dezembro de 1981 foi sancionada a Lei Complementar nº 40, estabelecendo normas orgânicas para o Ministério Público federal, impondo às unidades federadas, em seis meses, a adaptação aos novos princípios.

Santa Catarina, através da Lei Complementar nº 17, de 5/7/82, acatou o comando legal, separando, inclusive, a defesa judicial do Estado das atribuições do Ministério Público, as quais passaram a ser exercidas pela Procuradoria Geral do Estado, organizada pela Lei 6.107, de 6 de agosto de 1982.

O curioso, na nova redação do artigo 96 da Constituição

---

98. SARASTE, Paulo. A Constituição do Brasil ao alcance de todos. Rio de Janeiro, São Paulo, Freitas Bastos, 1967, p. 471.

da República, é o momento histórico, que clama por maior autonomia da Procuradoria de Justiça, assegurando-lhe suficientes garantias e independência para o desempenho de tão relevante tarefas. Oswaldo Trigueiro, com a autoridade de Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, diz: "a inovação configura mais uma inexplicável anomalia de nosso direito constitucional. No tocante ao Ministério Público, tudo o que os Estados podem fazer, de agora por diante, é estabelecer o número de funcionários e fixar-lhes os vencimentos, ainda assim, com os limites decorrentes de outras restrições. Por outro lado, o Congresso Nacional não tem a liberdade de legislar sobre o Ministério Público: somente poderá fazê-lo se a respeito houver iniciativa formal do Presidente da República." (99)

Examinamos, nesse encadeamento, o controvertido problema da liberdade do Procurador-Geral da República e, conseqüentemente, do Procurador-Geral de Justiça nos Estados, no exercício do seu direito à ação direta de inconstitucionalidade.

Olhando a matéria, em prisma mais amplo, verifica-se no sistema processual brasileiro vigorar, quanto à propositura da ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade mitigada, pois tão logo o agente do órgão ministerial tenha conhecimento da notitia criminis, está compelido a deflagrar o procedimento penal, e dele não poderá desistir. Essa obrigatoriedade é mitigada pela possibilidade de arquivamento para que o princípio não produza absurdos, não gere constrangimentos ilegais, submetendo meros suspeitos, sem indícios consistentes, ao processo penal.

---

99. TRIGUEIRO, Oswaldo. Op. cit. p. 221-222.

Contudo, e aí destacamos aspecto primordial, o Ministério Público não tem "o poder de arquivar a informatio delicti"<sup>(100)</sup> necessitando requerê-lo ao magistrado, submetendo-se ao controle jurisdicional, perpetrado no propósito de fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

E isto por quê?

É excepcional a força colocada à disposição do Ministério Público, árbitro, as vezes, da liberdade de seus concidãos, em contraste aberto com a reconhecida inércia do Poder Judiciário, jungido à iniciativa por esse órgão da ação penal pública, por isso a preocupação com o uso inadequado dessa força e do arbítrio concedido a uma pessoa, num sistema de poderes com pensados por freios e contrapesos. O controle jurisdicional se justifica a toda evidência, impondo-se como resultado do próprio federalismo.

Ora, em se tratando da representação de inconstitucionalidade "não é, assim, a competência para exercer a ação direta, um cheque em branco conferido ao Chefe do Ministério Público".<sup>(101)</sup> Há uma razoável avaliação objetiva e subjetiva dos elementos oferecidos na comunicação para ensejar o detonamento da representação, não sendo o Procurador-Geral simples instrumento de remessa ao Judiciário. Estuda, analisa, coteja, requisita elementos, tendo em vista a alta missão que constitucionalmente lhe

---

100. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed., Rio de Janeiro, São Paulo, Forense, 1961, vol. I, nº 185, p. 337.

101. BASTOS, Celso Ribeiro. Elementos de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, EDUC, 1975, p. 43.



é atribuída. Entretanto, chegando a entendimento diverso daquele contido na comunicação, feita que é com base no parágrafo 30, do artigo 153, da Constituição Federal, pode opinar pelo arquivamento, mas submetendo o pedido ao controle jurisdicional.

Essa é a interpretação própria, coerente e abrangente com os princípios políticos informadores da instituição. Inaceitável é a tese de que o Procurador-Geral não estando convencido da inconstitucionalidade informada, teria a faculdade de arquivá-la nos limites do órgão, abstendo-se de subordinar-se ao crivo do Poder Judiciário. Falam contra isso princípios maiores, já destacados. Tem razão Josaphat Marinho<sup>(102)</sup> ao sustentar, no caso, ser o Procurador-Geral veículo de propositura da ação direta "pois não é juiz dela", isto é, não lhe foi concedido o poder de julgá-la, pertencendo o controle, inclusive de admissibilidade, ao Judiciário. Entender-se o contrário, é esvaziar o instituto repressivo, abalando a sua finalidade, abrindo-se, em suma, por via oblíqua, as portas para o ingresso de normas írritas no sistema, quando ocorresse a deliberada omissão do Chefe do Ministério Público. Este, guardada a imparcialidade necessária, deve ser solidário com a representação e nunca com o governo que o nomeou.

A razão disso é que "sendo o Procurador-Geral da República o dominus litis da ação direta para a declaração, em tese de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, é inadmissível a propositura direta dessa ação pelo interessado eventual nessa inconstitucionalidade", di-lo o Supremo Tribunal Fede

---

102. REVISTA DE DIREITO PÚBLICO. A inconstitucionalidade de lei. Representação ao Supremo Tribunal Federal, p. 152.

ral pela palavra do Ministro Cunha Peixoto. (103)

A inércia funcional desse agente do Executivo é algo sério, inaceitável, prejudicando o exame de questões jurídicas relevantes, deixando o interessado na ação direta imobilizado, sem nada poder fazer, a não ser aguardar a via de exceção, quando suscitará novamente a matéria. É que "não há direito líquido e certo, amparável por mandado de segurança, a quem requer do Procurador-Geral da República representação por inconstitucionalidade de lei, mas vê indeferida essa pretensão", decidiu a Suprema Corte pela lavra do Ministro Clóvis Ramalhete. (104)

Assim, é impossível forçar o Procurador-Geral a apresentar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O mandado de segurança a isso não se presta por inexistir direito líquido e certo e outro expediente não há para lograr-se o desiderato. O problema é dramático, pois o controle difuso é muito importante, permitindo o debate por pessoas da maior qualificação profissional e ensejando, afinal, a expulsão da norma maculada.

Há, ainda, o caso de comunicações ineptas ao Procurador-Geral e aí poder-se-ia acertar o arquivamento no âmbito da própria instituição, independentemente do judicial controle. Não nos parece este o sentido da lei e antes do drástico corte do arquivamento, o bom senso e o melhor direito aconselham o suprimento dos vícios, a descoberta da questão de fundo e se assim não

---

103, 104. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Organizada pelo Serviço de Divulgação do STF. vol. 100, p. 1 e 1013.

for o remédio outro deve ser, acorde com o princípio geral, submetendo-se a comunicação do interessado, acompanhada do parecer pelo arquivamento, ao Pretório.

Esse o caminho correto, a tramitação mais própria, impondo sempre o controle absoluto e pouco vale a preocupação com o suposto crescimento do serviço forense, pois além deste ser de alçada judiciária, esta poderá encontrar alternativas regimentais, como a do parágrafo 1º, do inciso XIV, do artigo 2, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em que consta: "Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente; e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal (art. 98) ou for evidente a sua incompetência". (105)

Dê-se competência ao Relator ou mantenha-se a Plenária, mas nunca optar-se pelo arquivamento unilateral do Procurador-Geral, erigindo-o em árbitro da representação, em dique seco a barrar o debate de questões político-jurídicas relevantes.

Portanto, solução existe sem restringir, seja a que pretexto, o conhecimento da matéria pelo Judiciário. Torna-se indispensável para o equilíbrio dos Poderes a imediata aceitação do controle judicial absoluto, revendo, notadamente o Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência nesse sentido.

Há contudo, respeitável corrente postulando tratamento diverso pelo Procurador-Geral da República, quando a denúncia

---

105. FERREIRA, José Nunes. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 26-27.

partir de pessoa jurídica de direito público interno. As representações desses órgãos seriam inarquiváveis pelo Chefe do Ministério Público. A fundamentação de Celso Ribeiro Bastos (...) estaria em ser aquelas co-partícipes da gestão das coisas públicas, tripartidas em funções, multiplicadas em pessoas e órgãos para melhor promoverem a defesa do interesse coletivo. Unificadas pela solidariedade, imbuídas do mesmo propósito, a diferença estaria, destarte, no móvel acionador do mecanismo que não encobriria intenções maledicentes. (106)

A diversidade de tratamento, no que pese à autoridade do defensor, é inaceitável, sendo muito mais de ordem subjetiva do que objetiva, posto que ao argumento de co-participação no aparelho gestor da coisa pública, com êxito, pode-se colocar que o Estado existe para o indivíduo e não este para aquele, permitindo esse fato, também, enquadrar o cidadão na tese postulada para as pessoas jurídicas de direito público interno.

A verdade é que o absoluto controle judiciário não pode merecer distinções e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no parágrafo 1º, do seu artigo 174, soa: "Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário". (107)

Em suma, seja pessoa física, privada, moral ou de direiu

---

106. BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 47-48.

107. FERREIRA, José Nunes. Op. cit. p. 77.

to público interno, o arquivamento deverá sempre ser submetido ao controle jurisdicional.

Apropriadas, sem dúvida, são as palavras do Desembargador Sydney Sanches, Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, proferidas em 27 de setembro do ano passado, por ocasião do seminário sobre "A independência e autonomia do Poder Judiciário", em que salientou: "...o Supremo Tribunal Federal tem o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma Lei. E, em caráter principal, ou seja, como objeto principal da declaração do julgamento. E com eficácia erga omnes. E apenas quando provocado pelo Procurador-Geral da República, mediante representação (art. 119, I, a). Mas o Procurador-Geral da República, embora Chefe do Ministério Público Federal, é nomeado por escolha do Presidente da República e demissível ad nutum. Por conseguinte, só tem independência para arguir inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, desde que o Presidente da República assim também o entenda. Ora, se quem pode arguir a inconstitucionalidade, em caráter principal, é apenas autoridade vinculada ao Poder Executivo, já se põe em xeque, também aqui, a independência do Poder Judiciário na defesa da Constituição. Por que não se permitir, em futura reforma da Constituição que qualquer Tribunal Judiciário, representado por seu Plenário, argua a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público perante o Supremo Tribunal Federal? Por que não se permitir que isso ocorra também diretamente, por parte dos Governadores dos Estados, ou de deliberações plenárias de Assembléias Legislativas? E até de entidades representativas de classes profissionais? Dir-se-á que o Supremo Tribunal Federal ficaria mais ainda sobrecarregado. Mas não seria ideal que o Supremo Tribunal Federal cui

dasse apenas de questões constitucionais?"

Idéias interessantes, suscetíveis de aperfeiçoar o mecanismo controlador, tornando-o eficiente e livre de quaisquer condicionamentos.

### A RESOLUÇÃO SUSPENSIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

O resultado positivo do controle jurisdicional não implica em revogar ou anular a lei inconstitucional, consiste apenas na declaração. Compete ao Senado Federal ex vi do inciso VII do artigo 42 da Constituição da República, "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

O trânsito em julgado do aresto é requisito precípua para a enérgica medida, comunicada pelo Presidente da Corte, visando do retirar do ordenamento jurídico a norma com ele incompatível.

Questiona-se acerca da vinculação ou discricionariedade do Senado Federal diante do provimento recebido, colocando-se três enfoques a respeito: (108)

- a) dispõe a Casa Legislativa da faculdade de agir ou deixar simplesmente de fazê-lo;
- b) há vinculação com o aresto, que deve ser acatado;
- c) a suspensão operar-se-á após verificação formal dos pressupostos constitucionais para o embasamento da medida adotada.

"Em primeiro lugar, o Senado é senhor da deliberação de suspender ou não suspender a lei declarada inconstitucional. Seria supérflua a disposição, que o convertesse em porteiro dos au

---

108. BASTOS, Celso Ribeiro. Elementos de direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, EDUC, 1975, p. 59.

ditórios para solenizar a decisão do Supremo Tribunal Federal", adverte Aliomar Baleeiro. (109)

Com efeito, comprometeria a tripartição clássica, o próprio federalismo, se ao Senado Federal, pura e simplesmente, à vista da comunicação da Corte Suprema, competisse expedir a Resolução suspensiva. O ato do Senado, disse o saudoso Ministro Luiz Gallotti, "é complementar de uma decisão judicial, ampliativo dos efeitos desta. Não pode o Senado, ao exercer a atribuição que lhe confere o artigo 64 da Constituição, rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal". (110)

O motivo da tese abraçada é de inexistir vinculação entre o decisum do Poder Judiciante a providência subsequente, esta, mera deliberação do Plenário, aprovando-a, estendendo-a a outros dispositivos, ou rejeitando-a. A manifestação do Plenário envolve apreciação do expediente recebido, onde pesam, por certo, aspectos políticos e jurídicos. Estes são de cunho formal, circunscrevendo-se ao exame do acatamento dos requisitos exigidos para o advento da inconstitucionalidade, como por exemplo, o quorum para o veredicto. Por aí se vê que não é simbólica, como parece desavisadamente, a votação da Câmara Alta.

Influem, nesse quadro, implicações de ordem política. "Pode ser que a inconstitucionalidade haja sido decretada por provocação do Presidente da República em luta contra a opinião predominante num Estado (recordo os Estados do Sul, na América,

---

109. BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal; "Esse outro tro desconhecido". Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 97.

110. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. vol. 38, p. 569.



em 1860, ou Rio Grande do Sul e Paraíba, em 1930) e haja conveniência política em pôr água gelada sobre a água em ebulição. A Constituição não é apenas instrumento jurídico, mas sobretudo político, aberto às realidades da vida e da História". (111)

A justificativa é interessante, enquadrando-se na índole representativa do Senado Federal, que por não estar vinculado ao aresto, pode ir mais longe, se quiser, suspendendo as normas, a seu ver, inconciliáveis com a medida a ser adotada. Negar essa possibilidade é admitir a vinculação da Câmara Alta ao provimento judicial. Em razão disso e como corolário, o Senado tem o direito de recusar o alargamento dos efeitos do acórdão, abstendo-se de autorizar a expedição da Resolução suspensiva e ter-se-á, apenas, a coisa julgada, valendo nos limites da questão decidida, suscetível de ser invocada como precedente por litigantes e, por certo, nenhum Tribunal do País julgará em contrário.

Soberano verdadeiramente é o pronunciamento do Senado Federal, mas há situações distintas, originadas pelo tipo de procedimento. A inconstitucionalidade declarada por exceção, como observamos atrás, faz coisa julgada entre as partes, operando efeito maior a partir da Resolução suspensiva, ao passo que a mesma matéria apreciada na ação direta produz idêntica imutabilidade, fulminando, porém, a lei em tese, tornando-a ineficaz erga omnes, isto é, contra todos os comprometidos pela sua incidência.

Assim, se o aresto tem eficácia erga omnes, é indispensável registrar o efeito jurídico da Resolução baixada pela Presidência do Senado Federal, quando se tratar de matéria de sua

---

111. BALEEIRO, Aliomar. Op. cit. p. 97-98.

competência. Aquela significa "atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes de tribunais e órgãos legislativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais. As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los. Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta". (112)

A resolução legislativa oriunda da Câmara Alta tem efeito externo e interno, notadamente porque os seus integrantes representam as unidades-membro, expressando a sua vontade no desempenho do Estado Federal. E mais: os efeitos da perda da executoriedade por essa forma não são ex tunc, não retroagem, invalidando os atos até então praticados, mas têm o sentido ex nunc, permanecem de pé, com pleno valor os atos realizados sob o seu império, desde que obedecidos os pressupostos para o seu surgimento.

Essa é a melhor exegese, sob pena de grave perturbação no ordenamento jurídico.

O assunto ainda comporta uma pergunta: há necessidade efetiva da participação do Senado Federal na perda da executoriedade da lei ou ato normativo inconstitucional?

Abstraindo-se as considerações já formuladas, a verdade

---

112. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 158.

é que essa complexidade poderia ser eliminada pela prevalência da decisão judicial na ação direta e mesmo na exceção, evitando constrangimento entre os Poderes e indesejáveis conflitos. O ideal é a obtenção dos efeitos através do provimento judicial pela impossibilidade da Câmara Alta rever o julgado, inclusive o produzido sem quorum suficiente, em que apenas poderá deixar de ampliar os efeitos, com a suspensão da executoriedade do ato inconstitucionalmente declarado.

Nada mais tem condições de fazer, por isso a pertinência da indagação. É evidente que, para chegar-se a esse ideal, o Supremo Tribunal teria de ser, somente, o guardião da Carta Magna, perdendo a competência restante para outro órgão, cujo nome poderia ser Superior Tribunal de Justiça, ou equivalente, matéria, aliás, que não é nova, já postulada em respeitáveis setores jurídicos. Não há o que temer, basta adequar-se os textos legais a essa proposição.

Preocuparia o ocorrido nos Estados Unidos da América durante o chamado "governo dos juizes" ou da "oligarquia judiciária", cujo poder da Corte Suprema extravasou a Lei Fundamental, adquirindo contornos políticos. É dessa época o Justice Charles Hughes, ex-governador de Nova York, antigo advogado dos trusts e após a exoneração do cargo, candidato derrotado à Presidência da República em 1916. Como Chief Justice teria afirmado "Vivemos sob a égide de uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juizes dizem que ela é", (113) recebendo reações generalizadas, mostrando existir a constitucionalidade e a própria legalidade

---

113. BALEEIRO, Aliomar. Op. cit. p. 45.

nos diplomas e não em afirmativas destituídas de apoio normativo.

Esses fatos, logo superados e hoje inteiramente aboli  
dos, não invalidam a tese da dispensa da atuação do Senado Fede  
ral.

O CONTROLE NA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL

O peso do município não pode ser aquilatado tão-só pela dimensão territorial do nosso País, mas também pelo seu expressivo número, algo em torno de quatro a quatro mil e quinhentos, vários com áreas significativas. Explica-se e justifica-se o interesse pelo Direito Municipal, relativamente novo no Brasil, mas em acentuado florescimento, mercê das pesquisas e estudos de sempre desenvolvidos para definir-se a real competência, prerrogativas e obrigações dessa valiosa entidade.

Paulo Henrique Blasi, a propósito, observa que "o município, pelas suas raízes, desde que assegurada sua autonomia, constituir-se-á na grande alavanca, propulsora da solução dos graves problemas sociais e econômicos que nos afligem".<sup>(114)</sup> Fundamenta-se, "desde un punto de vista sociológico, en las relaciones de vecindad de los hombres de una misma localidad. Las necesidades conjuntas bajo un régimen de convivencia social o comunidad, determinan el surgimiento de un gobierno local cuya actividad abarca una jurisdicción no mayor al área de la ciudad, la villa o la aldea. El municipio tiene una larga tradición histórica; sus contornos aparecen claramente delimitados en la época romana, delineando su formación autónoma en la época medioeval através de las luchas con los señoríos feudales. La monarquía absoluta al mismo tiempo que sometió a los barones a su poder central,

---

114. BLASI, Paulo Henrique. A descentralização como instrumento da justiça social. Florianópolis, Revista Sequência, 1982, nº 5, p. 14.

lo hizo también con los municipios, subordinándolos a la autoridad del Estado o sea de la monarquía". (115)

Contudo, porque "el federalismo, en cambio, es de aquellas formas estadales no necesarias y que cada Estado podrá adoptar según las modalidades de su historia o según corresponda a su indissioncrasia" (116) poder-se-ã entender só ter lugar a célula municipal apenas no Estado federal.

Ledo engano, destacando Osvaldo Ferreira de Mello que "na verdade a existência de unidades parcialmente autônomas, para o trato de assuntos locais, é fenômeno comum a todos os Estados modernos, sejam eles federais ou unitários. Esse tipo de autonomia se reflete na necessidade de gerir, principalmente, as cidades, no que elas tenham de interesses particulares". (117)

Compreende-se a inevitável necessidade de explorar-se o controle da inconstitucionalidade no terreno municipal. A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, no seu artigo 19, pela primeira vez tratou do assunto ao dispor:

*"Ao artigo 124, são acrescidos os seguintes incisos e parágrafos:*

*1 - item 13 - A lei poderá estabe*

---

115. VEGA, Alípio Valência. Fundamentos de derecho político. Buenos Aires, Libreria Juventud, 1962, p. 592.

116. RAMELLA, Pablo. La estructura del Estado. Buenos Aires, De Palma, 1946, p. 217.

117. MELLO, Osvaldo Ferreira de. Tendências do federalismo no Brasil. Florianópolis, Lunardelli, 1979, p. 53.

*lecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do município em conflito com a Constituição do Estado."*

A novidade não vicejou, sendo abandonada na Carta Magna de 1967, mas a Emenda nº 1, de 1969, deu a seguinte redação ao parágrafo 3º, letra d, do artigo 15, daquele Texto Maior, com o seguinte teor:

*"A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:*

*d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento à representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução da lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade."*

Assim, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade genérica, criou-se a ação de representação interventiva, calcada na letra c do parágrafo 1º, do artigo 11, da Constituição da República, em que a União pode intervir nos Estados-membros através de Decreto Presidencial, suspendendo a aplicabilidade do ato impugnado, se isso for eficaz. Essa providência é iniciada tam

bém pelo Procurador-Geral da República e apreciada pela Corte Suprema. Esse instituto serviu de base para a inovação da Emenda nº 1, de 1969, no âmbito municipal, de alcance amplo, superior ao federal, restrito aos princípios constitucionais da União, especificados no inciso VII, do artigo 10, enquanto a representação interventiva estadual atinge "a observância dos princípios indicados na Constituição estadual" (letra d, do parágrafo 3º, do artigo 15, da Constituição Federal).

O propósito parece claro: expungir rapidamente a irregularidade, sanando o fato, sem precisar da atuação dos edis e do próprio alcaide. O instrumento é de resultado veloz, apto até de desestimular iniciativas idênticas.

A titularidade das ações direta e interventiva não está satisfatoriamente definida em nosso Estado, haja vista que a Lei Complementar nº 17, de 5 de julho de 1982, ao estabelecer a competência do Chefe do Ministério Público, consigna no inciso I do artigo 9º:

*"representar ao Tribunal de Justiça, para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial".*

Engloba, adaptando ao Estado, as hipóteses dos incisos VI e VII do artigo 10, mencionado na letra c do parágrafo 1º, do artigo 11, da Constituição da República, em detrimento de texto explícito, como convém, para impedir divergências interpretativas.

Por outro lado, organizando a Lei nº 6.107, de 6 de agos



to, também de 1982, a Procuradoria-Geral do Estado fixou como sua competência:

*"I - representar os interesses do Estado em juízo, ativa e passivamente;*

*II - promover o ajuizamento de ações e a interposição de recurso em geral;*  
*e*

*III - promover a defesa do Estado em quaisquer juízos ou tribunais."*

Apesar desse diploma, no artigo 6º, não tratar de modo preciso da atribuição do Procurador-Geral do Estado para deflagrar as ações direta e interventiva, pela pouca clareza da Lei Complementar nº 17, de 5 de julho de 1982, que cuidou do Ministério Público estadual, pode-se debater acerca da legitimidade ativa para essas medidas. O caráter genérico da competência e atribuições do Procurador-Geral do Estado, aliadas à imprecisão da Lei Complementar do Ministério Público catarinense quanto a essa matéria, deixam campo à controvérsia.

Lamentável a ocorrência, em questão política e jurídica de tão alto significado.

Em verdade, na Carta Magna estadual havia, como agora, uma zona lacunosa, mas nem por isso o Procurador-Geral do Estado, que até 5 de julho de 1982 englobava as funções de Chefe do Ministério Púb e da defesa judicial do Estado, deixava de ter a faculdade de suscitar perante o Tribunal de Justiça a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal. Comprova a assertiva o Ato Regimental nº 7, de 29 de novembro de 1978, do Tribunal de

Justiça de Santa Catarina, <sup>(118)</sup> disciplinando o encaminhamento e processamento da arguição realizada pelo Procurador-Geral do Estado. O Regimento Interno desse Pretório, no livro IV, título II, artigos 159 a 161, também cuida da inconstitucionalidade.

Desfazendo qualquer dúvida, em 2 de maio de 1979, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1, da Comarca da Capital, relatada pelo Desembargador Marcílio Medeiros, o acórdão diz: "Representação do Procurador-Geral do Estado arguindo de inconstitucional norma de lei municipal - Revogação posterior do preceito legal arguido - Conseqüente pedido de arquivamento da arguição, uma vez ter a mesma ficado sem objeto". <sup>(119)</sup>

A imprecisão do ordenamento barriga-verde não impedia o mecanismo de ser acionado na via direta e muito menos o Poder Judiciário deixou de regular a importante matéria, tratando-a até detalhadamente.

Onde estaria, nesse quadro, o fundamento para tal entendimento?

A resposta é simples. Trata-se de um exercício de interpretação sistemática. O suporte para agasalhar a firme posição, sempre tomada, está no emprego dos chamados princípios constitucionais sensíveis, que têm ao seu lado os princípios federais extensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos. <sup>(120)</sup>

---

118, 119. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Florianópolis, Tribunal de Justiça. vol. 22, 23/24, p. 653-654, 539.

120. BASTOS, Celso Ribeiro. Elementos do direito constitucional. São Paulo, Saraiva, EDUC, 1975, p. 85.

Aqueles são extraordinariamente fundamentais, passíveis de acarretar a inconstitucionalidade no atrito, capaz de autorizar a ação de representação interventiva, mais enérgica, ou mesmo a ação direta. Refletem o balizamento da estrutura e organização constitucional do País, do próprio estado e do município, com índole impositiva, de incidência subsidiária à vista de omissão do constituinte estadual.

Explicamos: respeitada a linha mesta, embora omitida a competência do Judiciário, já definida a nível federal, firmada estará a possibilidade do Tribunal de Justiça conhecer e julgar a questão, dentro, não só da interpretação subsidiária e extensiva, mas da teoria dos poderes implícitos dos direitos dos Estados-membros.

A denúncia de inconstitucionalidade do ato municipal poderá ser formulada ao Procurador-Geral da Justiça pelo próprio Prefeito Municipal ou qualquer pessoa, por inexistir obrigatoriedade ao acatamento de lei irrita. Aquele, quer representando ou opinando pelo arquivamento, remeterá sempre o problema ao Tribunal de Justiça.

Admita-se vacilar o denunciante acerca de quem caberia apresentar a ação direta ou a interventiva, indagando se a atribuição estaria com o Procurador-Geral da Justiça ou do Estado, diante da insuficiente disposição no ordenamento catarinense.

Ora, não bastasse a letra d do parágrafo 3º do artigo 15 do Texto Maior federal falar em Chefe do Ministério Público, as dúvidas eventuais ficam eliminadas a partir de recente acórdão da Suprema Corte, a qual proclamou haver:

*"II - Legitimidade ativa do Procu*

*rador-Geral da Justiça para ação direta interventiva por inconstitucionalidade de lei municipal, em face de princípio contemplado na Constituição do Estado-membro.*

*III - Não constitui pressuposto de admissibilidade da ação a demonstração da necessidade de intervenção efetiva, uma vez que o decreto interventivo pode limitar-se à suspensão do ato impugnado, se esta medida bastar ao restabelecimento da normalidade.*

*IV - Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Egrégio Tribunal de Justiça, afastada a prejudicial de ilegitimidade ativa do promovente da representação, o Procurador-Geral de Justiça, prossiga em seu julgamento e a decida como entender de direito."<sup>(121)</sup>*

A origem desse precedente está ligada ao constituinte paulista, o qual notando a falta de proibição na Lei Fundamental da República, interpretou-a como faculdade reservada aos Estados-membros estabelecer o órgão encarregado da legitimidade ativa para a ação direta genérica e a medida interventiva. Daí reservou ao Procurador-Geral de Justiça a primeira, ou seja, a ação direta genérica e a segunda, a ação de representação interventiva, ao Procurador-Geral do Estado. O motivo prático e até políti

---

121. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, editada pelo serviço de divulgação do STF, vol. 97, p. 389.

co está em que a providência interventiva é enérgica, de efeito normativo ou limitado, quando suspende o dispositivo apenas, ou amplo ao optar pela intervenção concreta, no insucesso ou fragilidade da primeira alternativa, exigindo maior liberdade do Governador, que não a teria frente ao Ministério Público, hoje com expressiva autonomia financeira e administrativa.

A razão, embora respeitável, não convence, porque o instrumento está jungido a certas formalidades e é conveniente deferi-lo a uma instituição com autonomia para evitar o seu desvirtuamento por Governadores açodados. A inovação do Estado de São Paulo não vingou, como não poderia, pois a falta de proibição invocada perdeu substância pelas regras existentes na Carta Magna nacional, tornando-se incompatível.

Afastada essa matéria, enfrentamos a possibilidade do Procurador-Geral de Justiça ver acolhida as duas ações. A interventiva executa-se por Decreto do Governador do Estado, ao passo que a direta genérica comporta questionamento. Estaria, portanto, a Câmara Municipal autorizada a esse procedimento, ou seja, de suspensão da executoriedade da norma, ou caberia à Assembléia Legislativa a competência para essa tarefa?

A solução é complexa e aproveitamos para deslindá-la a lição de Osvaldo Ferreira de Mello quando lembra: "diz-se também que o Município tem autonomia política, o que representa uma segunda contradição. Autonomia política — já discutimos o tema — pressupõe capacidade de auto-organização, o exercício das funções estatais através dos três Poderes constituídos e a detenção de um poder constituinte decorrente da organização nacional. Nada disso tem nem poderia ter o Município. Ele é organizado pelo

Estado-membro, do qual, portanto, é célula. Detém, isso sim, autonomia administrativa, que lhe dá características autárquicas, coisa muito importante para efeitos de desconcentração de funções administrativas". (122)

Dispondo apenas de autonomia administrativa, como ilustra esse escólio, organizando-se nos limites autorizados do Estado-membro, parece-nos jurídica e lógica a competência do Poder Legislativo estadual para suspender a norma inconstitucionalmente declarada. Não há, por isso mesmo, fundamento para admitir-se providência desse porte pela Câmara Municipal e, se está o fizer a pretexto de omissão da Carta Magna, o ato será inexistente.

Essas controvérsias podem ser evitadas, bastando a Constituição da unidade federada dispor acerca do assunto.

---

122. MELLO, Osvaldo Ferreira de. Tendências do federalismo no Brasil. Florianópolis, Lunardelli, 1979, p. 53-54.

V. ASPECTOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE  
PELO PODER JUDICIÁRIO EM SANTA CATARINA

ASPECTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE NO  
PODER LEGISLATIVO EM SANTA CATARINA

Os parâmetros da auto-organização dos Estados-membros estão definidos na Carta Magna Nacional, em que há, inclusive, um espaço de autonomia, ensejando-lhes certa flexibilidade no desempenho das funções jurídico-políticas.

Essas bases enquadram-se entre os princípios constitucionais sensíveis, de acatamento compulsório, encontrando-se entre eles o resultante do poder exercido pelo Senado ao suspender, no todo ou em parte, a lei ou decreto, inconstitucionalmente proclamado por provisão judicial com trânsito em julgado na Suprema Corte. O Poder Legislativo das unidades federadas possui idêntico direito no âmbito de sua competência.

O silêncio do constituinte estadual em reproduzir esses princípios, prejudica a adequada estruturação dos Estados-membros, embora na prática, se provocada, nenhuma Assembléia Legislativa brasileira omitir-se-á no uso da regra, naturalmente implícita em sua competência.

Este, sem dúvida, será o posicionamento da Casa Legislativa barriga-verde, pois ao cuidar, no artigo 54, das atribuições do Poder Legislativo, a Lei Fundamental, absteve-se de dispor a respeito da possibilidade de usar a resolução para suspender, no todo ou em parte, a lei ou ato normativo municipal, declarado, em decisão definitiva pelo Judiciário, como inconstitucional.

O Estado do Ceará optou por técnica bem diversa do legislador catarinense, estabelecendo no artigo 26, inciso XVIII,



como privativo da Assembléia Legislativa:

*"Suspende a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo municipal declarado inconstitucional por decisão definitiva do Tribunal de Justiça". (123)*

Linha igual impôs o Estado do Piauí, conforme se infere do inciso IX, do artigo 14, do seu Texto Básico, claro em soar como competência do Legislativo:

*"Suspende a execução de leis ou decretos, cuja inconstitucionalidade houver sido declarada". (124)*

Por outro lado, o Estado do Mato Grosso, em sua Carta Magna atualizada com as novas emendas e as declarações de inconstitucionalidades, no artigo 20, inciso XV, foi expresso em reservar à Assembléia Legislativa o poder de:

*"Suspende, no todo ou em parte, a vigência de lei ou decreto estadual ou municipal declarado inconstitucional por decisão definitiva do Poder Judiciário". (125)*

Técnica similar acolheu o Rio Grande do Sul, consignando no artigo 27, inciso XIV, como de exclusiva competência do

---

123. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. Fortaleza. De acordo com as Emendas Constitucionais 01 de 25/11/1970 e a de nº 80, de 17/01/1979; Jurídica, p. 154-155.

124. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ. Piauí, COMEPI, 1977, p. 10-11

125. CONSTITUIÇÃO DO MATO GROSSO. Cuiabá, 1981, p. 10-13.

Poder Legislativo:

*"Suspende a execução, no todo ou em parte, de qualquer ato, resolução ou regulamento estadual que haja sido declarado infringente da Constituição e das Leis pelo Poder Judiciário". (126)*

Chama a atenção nesses textos comparados à explicitude do constituinte gaúcho, procurando abranger as hipóteses possíveis de abrigo na Resolução Suspensiva, evitando, como é lógico, problemas exegéticos, comuns em normas demasiadamente sintéticas.

O Estado do Rio de Janeiro, resultante da fusão dos antigos Estados da Guanabara e Rio de Janeiro, em sua Lei Maior, alterada em decorrência das Emendas Constitucionais e de declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no artigo 35 impõe como privativo da Assembléia Legislativa, no inciso XXIV:

*"Suspende a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo municipal declarado inconstitucional por decisão definitiva do Tribunal de Justiça". (127)*

O Estado de Santa Catarina não ficou com a técnica mais

---

126. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Organizada por Mário Rodrigues da Silva. Porto Alegre, Sulina, 1970, p. 16-17.

127. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RIO DE JANEIRO. Texto anotado por Roberto Paraíso Rocha. Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1978, p. 30-32.

própria, comprovando a nossa Constituição<sup>(128)</sup>, mas nem assim es  
tá a Assembléia Legislativa proibida de baixar Resolução Suspen  
siva à vista de provisão judicial, com trânsito em julgado.

Entretanto, não se justifica o silêncio dessa Carta Magag  
na frente ao caráter obrigatório dos princípios constitucionais  
sensíveis, cuja lacuna deve ser corrigida, evitando inconvenien  
tes previsíveis.

---

128. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Revista e atualii  
zada por Rogério Mariano Nascimento. Florianópolis, 1983.

VI. O ALCANCE RESTRITO DA MEDIDA CAUTELAR NA REPRESENTAÇÃO  
DE INCONSTITUCIONALIDADE

O ALCANCE RESTRITO DA MEDIDA CAUTELAR NA REPRESENTAÇÃO  
DE INCONSTITUCIONALIDADE

Séria é a polêmica sobre a incidência e utilidade da medida cautelar preventiva no curso da ação direta de inconstitucionalidade. O problema não é novo, mas pensamos não estar suficientemente aclarado, se visto não só pelo aspecto normativo e jurisprudencial, mas sobretudo doutrinário, em que avulta a sua instrumentalidade.

Dentro da tripartição clássica dos poderes, inclusive, é possível encontrar a exegese, uma vez que o debate acerca do cabimento ficou afastado com a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que acrescentou no inciso I, do artigo 119, da Carta Magna em vigor, a letra p, dizendo competir à Suprema Corte julgar:

*"O pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República".*

Antes disso, acentuado era o debate sobre o poder do Tribunal Máximo suspender a execução de lei inquinada, admitido pretorianamente em interpretação discutível,<sup>(129)</sup> calcada sobretudo na Lei nº 2.271/54, então disciplinadora do rito da arguição, a qual mandava seguir as formalidades do mandado de segurança. A aplicabilidade era limitada, no entender de alguns, às peculiaridades do julgamento, pois a instrução e demais formalida

---

129. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília. Organizada pela Divisão de Jurisprudência do STF. vol. 3, p. 20.

des da representação estavam regradas no diploma especial.

É fácil imaginar a controvérsia instaurada, tendo-se em conta a massa de interesses geralmente em conflito, porque explicitamente a lei não falava em liminar. Essa questão veio à tona em 22 de janeiro de 1962, na oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal apreciava a Representação nº 466, do então Estado da Guanabara, cuja a representada era a Assembléia Legislativa e Constituinte. Por voto de desempate a matéria suscitada foi julgada improcedente, derrubando, por força do mérito, a antecipação jurisdicional concedida pelo Ministro Ary Franco.

Mais tarde, em 5 de julho de 1975, o Ministro Carlos Thompson Flores relatou a Representação nº 933-RJ, em que foi representante o Procurador-Geral da República e Representado o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, admitindo o Plenário, por maioria de votos, a medida preventiva, assentando:

*"II - Pedido de medida preventiva visando garantir a eficácia de ulterior decisão da causa, concretizada na suspensão da execução das normas tidas como inconstitucionais.*

*III - Embora a suspensão da lei ou decreto, tidos como inconstitucionais, caiba ao Senado Federal, nada impede que, verificados os pressupostos a que se refere o artigo 22, IV, c.c. o artigo 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, expedidos com base na Constituição, artigo 120, c, se ja ela concedida. Razões que conspiram em*

*prol desta afirmação.*

*Precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo-a, em casos semelhantes, fundados no artigo 4º da Lei nº 2.271/54, c.c. o artigo 7º, II, da Lei nº 1.533/51."(130)*

Portanto, nesse aresto, na falta de autorização específica na Constituição Federal, o Plenário da Corte foi buscar amparo no Regimento Interno, colocando-se em desacordo o Ministro Xavier de Albuquerque, não para negar eficácia à norma regimental, mas por entendê-la inaplicável na arguição, cuja perda da executoriedade é prerrogativa do Senado. Ponderou, também, esse integrante do Supremo, a impossibilidade, ainda que em cautelar, de uma providência que em definitivo não teria competência para concedê-la.

Como se vê, a tese do cabimento da suspensão provisória não era pacífica e argumentos poderosos, com destreza, eram opostos. Deixaram, contudo, de existir a partir da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, ao introduzir a letra p, no inciso I, do artigo 119 do Texto Básico da República, como observamos, mas em contraposição surgiu outra querela, consubstanciada em saber quem teria a faculdade de requerer a cautelar.

A norma em foco diz: "o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República",

---

130. REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE. Dispositivos de Constituições Estaduais. Brasília, Supremo Tribunal Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1976, p. 121. t. 2.

ensejando a interpretação literal ou gramatical de que o instituto pode ser invocado pelo autor da denúncia encampada pelo Chefe do Ministério Público ao oferecer a arguição de inconstitucionalidade, mas nunca por ele, eis que se a permissão lhe fosse concedida, a redação deveria ser afirmativa. Porém, a imprecisa forma como a matéria foi colocada não robustece esse pensamento, se for usada a exegese sistemática. É que sendo exclusiva a atribuição do Procurador-Geral da República para deflagrar o procedimento direto, logicamente não há condições de negar-lhe igual direito na medida menor, que é a cautelar. Examinado o conjunto do ordenamento e colocada a letra p em confronto, a resposta é irrefutável.

Em suma, o Ministério Público federal é o titular da propositura da inovação introduzida.

Interessante ainda é colocar o problema da instrumentalidade da cautelar no âmbito da matéria em exame, cuja suspensão definitiva do ato maculado é implementada por outro poder. Isso é válido tanto no quadro atual, como no anterior, na época em que era exercitado com fulcro em construção pretoriana.

No direito processual civil a instrumentalidade é o sinal valioso do processo cautelar, é uma característica singular da sua natureza, a distingui-lo abertamente dos demais. É uma particularidade curiosa, pois não traduz um fim em si mesmo, não protege o direito, mas o procedimento principal, em que se discute a substância do conflito de interesse instaurado. Daí por que, modernamente, a instrumentalidade não é mais vista como antecipação jurisdicional, sendo encarada como medida defensora do interesse da parte, de pura segurança. "Não são medidas satisfativas, pois seu fim direto e imediato não é a satisfação do di



reito substancial da parte, mas apenas servir imediatamente ao processo principal, preservando situações e garantindo-lhe o resultado útil". (131)

Isso complica a coisa, por não ser possível a cautelar concedida pela Corte Suprema garantir o resultado útil, se não há vinculação do aresto com a decisão a ser tomada pelo Senado Federal. A utilidade é precária, de êxito profundamente aleatório, fugindo até a índole da instrumentalidade cautelar, em que o resultado final pertence ao órgão concedente da medida. Das duas uma: manter a cautelar na representação de inconstitucionalidade exige ou o afastamento do Senado do sistema, ou a vinculação da Câmara Alta com o desfecho judicial. Como está é inócuo, sem alcance prático, que é mesmo o importante.

Poder-se-á edificar uma outra exegese, bastante razoável. A instrumentalidade da letra p do inciso I, do artigo 119, da Lei Fundamental, não seria a processualmente admitida, teria outro contorno, sentido diverso. Garantiria a utilidade do epílogo da arguição de inconstitucionalidade somente nos limites do Poder Judiciário, deixando a execução de fora. A eficácia restritiva, em outras palavras, é insatisfatória porque não visaria resguardar a satisfação do direito material, mas somente a prática de atos enquanto tramitasse a representação. Transitada em julgado, voltaria o ato normativo ou a lei a produzir consequências até o Senado Federal suspender ou não a executoriedade da matéria.

---

131. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo, Universitária de Direito, 1976, p. 66.

O problema é difícil, tecnicamente complexo, preche de questiúnculas, dando lugar a sua exclusão do Texto Básico, com o deslocamento da matéria para o Mandado de Segurança.

Essa a alternativa viável.

VII. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADEINEXISTÊNCIA DO CONTRADITÓRIO

A Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964,<sup>(132)</sup> regulou o deflagramento de representação contra atos dos poderes estaduais, infringindo hoje não mais o artigo 7º, inciso VII do artigo 10, da Carta Magna em vigor, que impõe a observância dos seguintes princípios:

*"a) forma republicana representativa;*

*b) temporariedade dos mandatos eletivos cuja duração não excederá a dos mandatos federais correspondentes;*

*c) independência e harmonia dos Poderes;*

*d) garantias do Poder Judiciário;*

*e) autonomia municipal;*

*f) prestação de contas da administração; e*

*g) proibição ao deputado estadual da prática de ato ou do exercício de cargo, função ou emprego mencionados nos itens I e II do artigo 34, salvo a função de secretário de Estado.*

---

132. LEX COLETÂNEA DE LEGISLAÇÃO. São Paulo, Lex, 1964, t. I, p. 442.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, (133) de forma bem mais ampla por alcançar a arguição direta de lei ou ato normativo federal, estabeleceu regras sobre o processamento e declaração de inconstitucionalidade, com o detalhe de que ambos, a Lei nº 4.337/64 e o Regimento Interno, prescrevem a ouvida, em 30 dias, da autoridade da qual tiver emanado o ato hostilizado. Essas informações poderão ser dispensadas pelo Ministro relator, em situação de necessidade premente, ad referendum do Tribunal.

Bastante simples é o seguimento da medida enérgica na Suprema Corte, o mesmo ocorrendo a nível de Santa Catarina, conforme demonstra o Ato Regimental nº 7, (134) acompanhando idêntico rito e prazo para informações do órgão ou autoridade que haja elaborado ou executado o ato suscitado.

Lícito é questionar se essa sistemática não traduziria a presença do contraditório na ação direta de inconstitucionalidade. O contraditório "significa que acusação e réu se situam em pé de igualdade diante do Juiz, concedendo-se a ambas as partes o mesmo direito e as mesmas oportunidades de desenvolver suas alegações, demonstrando a procedência de suas pretensões e as mesmas oportunidades de prova para certificar o juízo da justiça e da legalidade do que pretendam". (135) Assim é entendido no pro

---

133. FERREIRA, José Nunes. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 77-78.

134. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Florianópolis, Tribunal de Justiça, vol. 22, p. 653.

135. MALCHER, José Lisboa da Gama. Manual de processo penal brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, nº 44p. 77,

cesso penal, o mesmo acontecendo no processo civil, respeitadas, é claro, as peculiaridades de cada um dos ramos.

Substancialmente caracteriza a ocasião e possibilidade das partes intervirem na relação jurídico-processual instaurada, oferecendo o seu ponto de vista acerca dos argumentos atirados pelo adversário. Aspecto relevante é o acatamento inafastável, insuscetível de abandono até por força maior, sob pena de nulidade dos atos praticados. O contraditório não é uma faculdade, o magistrado não pode desprezá-lo, inexistente a opção de sua conveniência, mesmo diante de um caso aparentemente modesto..

Constata-se a diferença com o rito estatuído para a representação do Procurador-Geral em inconstitucionalidade, cujo Relator pode, a pretexto de urgência e mesmo sem a concordância do Plenário, dispensar as informações do órgão ou autoridade cujo ato é argüido. Ademais, falta o conflito de interesses, a pretensão resistida, porque o fim é expungir do sistema jurídico ato com ele incompatível. O ataque é concreto à lei ou ato normativo em tese.

As hipóteses são muito diversas, chamando o saudoso Ministro Ary Franco atenção para o fato de que "o processo de argüição de inconstitucionalidade não é processo inter partes, em situação de angularidade de pretensões contrárias perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sim, um processo com uma só parte, o Procurador-Geral da República, sendo a relação processual em linha, isto é, entre o Procurador-Geral e o Tribunal julgador".(136)

---

136. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, Supremo Tribunal Federal, vol. 23, p. 7.

Eis o punctum saliens: não existe parte contrária na ação direta, os atos realizados cingem-se entre o Chefe do Ministério Público e a Suprema Corte ou Tribunais de Justiça, atuando o representado apenas para instruir os autos, sem aquele caráter compulsório, cuja ausência ou inércia, possa gerar nulidade.

Portanto, não há o contraditório pela presença de relação processual em linha.

POSSIBILIDADE DE INVOCAR-SE A ASSISTÊNCIA

O Código de Processo Civil prevê no artigo 50, a exemplo do anterior diploma revogado, o instituto da assistência. Os seus requisitos primordiais circunscrevem-se a uma causa em andamento, pendente de sentença, ao lado de ser terceiro o requerente, mas com interesse no resultado favorável de uma das partes.

Poderá, se quiser, ingressar no feito para ajudá-la a vencer, eis que o êxito lhe será conveniente. Todavia,

*"Após o trânsito em julgado da sentença proferida na causa, não há mais cogitar de assistência, precisamente porque a eventual influência da sentença na relação jurídica entre qualquer uma das partes e o terceiro já se tornou inevitável."*(137)

Existem várias espécies de assistência,<sup>(138)</sup> aparecendo a simples ou adesiva, quando o direito em litígio não é do terceiro propriamente, mas o sucesso do pleito lhe é proveitoso porque favorecê-lo-á em outro direito seu. A modalidade qualificada ou litisconsorcial de assistência, por outro lado, reclama a co-titularidade do direito judicialmente discutido. O direito pertence também ao assistente, advindo desse fato o seu interesse no evento.

---

137. REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, 1955, vol. 234, p. 290.

138. BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao código de processo civil, São Paulo, Rio de Janeiro, Forense, vol. 1, t. I, nº 316, p. 290.



Entretanto, ao mencionar interesse é preciso colocá-lo adequadamente, pois não é o moral econômico e científico apto a legitimar a intervenção. Autoriza-o somente o juridicamente protegido, aquele derivado da relação jurídica sub judice, a demonstrar interesses comuns. A objetividade não pode ser remota, há de ser concreta, real e se assim for é de se imaginar a perturbação que a todo momento seriam submetidas as partes e o juiz, provocados sob manto da assistência para abrigarem situações esdrúxulas.

Isso a lei não contempla.

A assistência pode ser manifestada em qualquer grau de jurisdição, inclusive na Suprema Corte, pináculo do Poder Judiciário Nacional. O interveniente, dessa forma, tem a oportunidade de suscitá-la perante o Juiz de Direito, igualmente nos Tribunais e, finalmente, no Supremo.

Compreende-se a importância desse instituto e o seu significado na ação direta de inconstitucionalidade, em que o Chefe do Ministério Público é o único legitimado para propô-la. Por tudo isso, é viável invocá-lo na representação. Admite-o o Supremo Tribunal Federal, consoante prova a arguição provocada por magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

No cabeçalho da ementa lê-se:

*"Representação nº 933-RJ - MEDIDA PREVENTIVA*

*Relator: o Sr. Ministro Thompson Flores*

*Representante: Procurador-Geral da República*

*1º Assistente: Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro*

*2º Assistentes: Mauro Fichtner e outros*

*Representado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro."*

Util tal orientação aceitando a assistência em matéria constitucional levantada pela via direta, configurando uma válvula preciosa de atuação do denunciante em juízo, movimentando-se, é verdade, restritamente nos autos, mas integrando-o, participando, em última análise, do mecanismo.

É um avanço, uma conquista a admissibilidade da assistência, aperfeiçoando o controle repressivo da inconstitucionalidade.

VIII. EMPREGO DO MANDADO DE SEGURANÇA FRENTE  
A INCONSTITUCIONALIDADE

EMPREGO DO MANDADO DE SEGURANÇA FRENTE À INCONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro, afora o ataque à in constitucionalidade por intermédio da exceção ou da ação direta, ainda enseja o exame da matéria através do mandado de segurança, da ação popular e do habeas corpus. O cidadão inconformado pela inatividade do Procurador-Geral não precisa esperar ser alcança do concretamente pelo ato inconstitucional para reagir. Pode an tecipar-se nesse meio tempo, estabelecendo a controvérsia judi cial.

Aliás, o contrário seria o cúmulo, revelando insatisfa tória garantia dos direitos individuais ameaçados ou feridos. O sistema de controle dos atos viciados evolui e aperfeiçoa-se pe lo alargamento dos expedientes colocados para destroçá-lo.

O mandado de segurança visa garantir o indivíduo e a pessoa jurídica, prejudicada por ato manifestamente ilegal do po der público. Porém, diz a Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Fede ral, "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese", inadmi tindo-se ao teor da Súmula nº 268 do mesmo Pretório, esse remé dio jurídico "contra decisão judicial com trânsito em julgado", ao passo que pela Súmula nº 510 do mesmo Tribunal Máximo "Prati cado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança, ou a medida judicial".

Modernamente é conhecido o mandamus "contra ato de dire tor de estabelecimento de ensino particular"<sup>(139)</sup>, mas em todas

---

139. REVISTA FORENSE. Relator Des. Oliveira Andrade, Tribunal de Justiça de São Paulo, Forense, 1976, vol. 254, p. 267.

as hipóteses, di-lo o Desembargador Francisco May Filho, "o prazo para interposição de mandado de segurança é de cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (artigo 18 da Lei nº 1.533 de 31-12-1951)". (140)

O critério consagrado é de que nenhuma lesão de direito individual deve ser escamoteada do controle jurisdicional. Isso é básico, preponderante para entender-se a Súmula nº 429 da Corte Suprema, firme em soar "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão de autoridade".

Explica-se essa tese sufragada. É que ele protege o direito líquido e certo golpeado pela autoridade no exercício de suas funções, quando agride o assegurado pela Carta Magna ou pela lei.

O instituto em pauta é muito mais abrangente do que o habeas corpus, pois enquanto este é limitado à liberdade individual em sentido estrito, o outro compreende todos os direitos, mas certos e incontestáveis e para os quais não haja remédio diverso. O direito líquido e certo, como é conhecido nos círculos forenses, é uma situação jurídica peculiar, um conjunto genérico de circunstâncias, suscetíveis de autorizar o mandamus. Resulta de fato concreto, certo, capaz de ser demonstrado de plano, por documento irrefutável. O precário não confere direito, inviabilizando a invocação desse remédio jurídico.

A caminhada do mandado de segurança é facilmente recons

---

140. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Florianópolis, Tribunal de Justiça, vol. 3/4, p. 45.

truída. O advento da República determinou a preocupação em assegurar o indivíduo<sup>(141)</sup> contra atos da Administração, acautelando os seus interesses frente ao poder público. Exemplo disso foi a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que criou a ação anulatória de atos da Administração, a qual contemplou o exame por juizes e tribunais, da validade de leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais. Em 1914, ao ser elaborado projeto de revisão da Lei Fundamental, Alberto Torres sugeriu a adoção do que denominou "mandado de garantia". Posteriormente, no Congresso Jurídico de 1922, o Ministro Edmundo Muniz Barreto, fazendo coro com o desejo daquele momento, observou a conveniência de ser instituído algo semelhante ao juicio de amparo mexicano, de antecedentes no velho direito espanhol e consagrado na Constituição Mexicana de 1857.

Todavia, reformado o Texto Básico Nacional em 1926, em que o habeas corpus foi recolocado em seus contornos tradicionais, avançaram os estudos para a criação de um instrumento de tutela de liberdades, mas não a de locomoção, já amparada. O regime instaurado pelo movimento revolucionário de 1930 provocou a interrupção dos trabalhos, ressurgidos vigorosamente na Constituinte de 1934, propiciando o nascimento desse instituto com o nome de mandado de segurança, que conserva até hoje. A Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, disciplinou o novo instituto, abolido pelo Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, excluindo do seu âmbito os atos do Presidente da República, dos Ministros,

---

141. TUCCI, Rogério Lauria. Habeas corpus, ação e processo penal. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 17.

Governadores e Interventores, em drástica restrição.

Retornando mais tarde o País ao estado de direito, alargou o seu emprego à Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 ainda em pleno vigor.

É poderoso instrumento de proteção dos direitos subjetivos e interesses legítimos, dilatando-se a sua incidência a cada passo, por ser um remédio instantâneo.

IX. O CONTROLE DAS NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS  
PELO DECRETO-LEGISLATIVO



O CONTROLE DAS NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAISPELO DECRETO-LEGISLATIVO

Preocupa parlamentares e juristas, inclusive a nível internacional, o aperfeiçoamento do processo legislativo, com ênfase à sua elaboração, em que há necessidade de conciliar-se, não só o princípio clássico da tripartição dos Poderes, mas de atenuar-se a grande inclinação centralizadora do Executivo, cada vez mais forte, se comparado aos demais.

Esse quadro, entremeado de perplexidade para alguns, comodismo e ingenuidade para outros, por certo não será alterado pelo espontâneo reconhecimento do Executivo no elevado alcance da harmonia e equilíbrio dos Poderes. Isso é extremamente difícil, cuja ocorrência é remota. Mas, abstraídos do enfoque os fatos históricos causadores do delicado problema, o recuo, na verdade e, portanto, a volta à normalidade, deverá ser conquistada palmo a palmo, escorado no sério desempenho e valorização de cada um nos limites de sua competência classicamente admitida.

O panorama há de ser visto muito mais no contexto externo do que interno e numerosos são os países onde a crise no exercício dos três Poderes é acentuada, ora restringindo-se à esfera de competência parlamentar na iniciativa das leis, ou então diminuindo-se a autonomia judiciária, envolvidas na crença de que facilitariam a restauração econômico-financeira ou permitiriam, a curto prazo, satisfatório índice de crescimento. A influência dessas idéias proliferaram, empolgando setores generalizados, imbuídos dos melhores propósitos.

O Brasil não ficou imune a isso e hoje cuida-se, parado

xalmente, também no Executivo, do pleno restabelecimento da competência e prerrogativas do Legislativo e Judiciário, cogitando-se de alargá-la em função da realidade atual.

Sacode, neste momento, a Nação o debate sobre a constitucionalidade e efeitos do recente decreto-lei que alterou a política salarial, desfechando os interessados e estudiosos do assunto, várias medidas visando derrubá-lo. Trabalhadores impetram mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal para anular o ato assinado pelo Presidente da República, enquanto esboça-se no Congresso Nacional movimento de Senadores e Deputados Federais contra a aprovação da iniciativa legislativa deflagrada no Executivo. O fundamento comum repousa na impossibilidade do Chefe do Governo expedir decretos-lei fora das hipóteses definidas no artigo 55 do Texto Básico, que aludem à segurança nacional, finanças públicas e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, cujo salário das classes obreiras não poderiam ser incluídos.

Destaca-se, na batalha jurídico-parlamentar travada, a original iniciativa analisada pelo Senador do Estado de Minas Gerais, Itamar Franco, o qual, segundo notícia do jornal "Folha de São Paulo", edição de 3 de março deste ano, página 3, estaria por apresentar um projeto de decreto-legislativo declarando inconstitucional o decreto-lei modificador da política salarial. Objetiva executar o propósito com a formação de uma Comissão Mista para discutir a matéria, antecipando-se ao demorado exame do decreto-lei, este de efeito ex nunc, para colocar imediatamente a questão em pauta, cuja via permitiria, se exitosa, o efeito ex tunc, retroagindo a 25 de janeiro deste ano de 1983, pagando-se a diferença salarial aos trabalhadores.

Demonstra a idéia do Senador mineiro, antes de tudo, o anseio parlamentar de restringir a incidência do decreto-lei aos limites autorizados, mas revela, no fundo, o aperfeiçoamento do controle da constitucionalidade das leis, quer dando nova feição ao decreto-legislativo, alargando-lhe o âmbito, e de outro lado atestando o empenho do Congresso em conseguir mais espaço para exercer o controle preventivo. Indubitavelmente a nova dimensão almejada para esse instituto parlamentar merece ser registrada.

Contudo, diante disso, urge indagar: o que vem a ser o decreto-legislativo?

Pontes de Miranda responde: "são as leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para a sanção (promulgação ou veto)", (142) estabelecendo, no caso, como competência exclusiva do Congresso Nacional, o Texto Básico, as seguintes matérias:

- I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República;
- II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra e a fazer a paz; a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, nos casos previstos em lei complementar;

---

142. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Inclusive Emenda de 1969, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, t. II, nº 14, p. 142.

- III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País;
- IV - aprovar ou suspender a intervenção federal ou o estado de sítio;
- V - aprovar a incorporação ou desmembramento de áreas de estados ou de territórios;
- VI - mudar temporariamente a sua sede;
- VII - fixar, para vigor na legislatura seguinte, a ajuda de custo dos membros do Congresso Nacional, assim como os subsídios destes, os do Presidente e os do Vice-Presidente da República;
- VIII - julgar as contas do Presidente da República; e
- IX - deliberar sobre o adiamento e a suspensão de suas sessões.

Porém, além disso, o decreto-legislativo ainda tem outra função importante, qual seja, a de aprovar os "atos do Presidente da República praticados ad referendum do Poder Legislativo, especialmente à aprovação dos decretos-lei".<sup>(143)</sup> Mas "o decreto-legislativo é formalmente mais próximo da lei que a resolução. Em assim sendo, aquele deve ser utilizado no tratamento de matérias de cunho genérico e abstrato, enquanto que a resolução será mais adequadamente utilizável para as deliberações de cunho

---

143. MALUF, Sahid. Direito constitucional. 12. ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1980, nº 188, p. 223.

concreto". (144)

Feitas essas considerações de ordem técnico-jurídica, não há dúvida de que, fatalmente, deverá ocorrer, na hipótese de aprovação do decreto-lei modificador da política salarial, a expedição de um decreto legislativo. Exige-o a mecânica parlamentar, como requisito de eficácia definitiva.

Entretanto, o que se questiona é mesmo a possibilidade de antecipar-se a discussão e exame da matéria antes do regramento instituído para conhecimento legislativo do decreto-lei combatido. Trata-se de uma nova situação, verdadeira manobra parlamentar, invertendo a marcha do fato, pois oferecido pelo Senador Itamar Franco o projeto de decreto legislativo sobre a matéria, implicará na avocação e apensamento ao seu projeto, do decreto-lei em curso no Congresso. Procura-se encurtar prazos, apressar o pronunciamento, num enfoque inteiramente singular para o decreto-legislativo.

O problema a ser criado, se o anúncio for concretizado, é interessante, primeiro, porque o instituto do decreto legislativo tem autorização precisa, bem definida na Carta Magna; e, segundo, não é possível aceitá-lo nos estreitos limites de uma interpretação literal, sendo conveniente estudar-se a sua abrangência sob o manto da exegese sistemática e das elevadas tarefas do Congresso Nacional.

O debate aberto é válido, inserindo-se no plano maior

---

144. BASTOS, Celso Ribeiro. Elementos de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, EDUC, 1975, p. 127.

da valorização do Parlamento e na necessidade urgente de modernização do processo de elaboração das leis, que, por certo, deverá ser atribuído ao primeiro, instrumentos eficazes para responder às carências do Estado contemporâneo.

X. A INCONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO POPULAR

### A INCONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO POPULAR

Conhecida em Roma como populares actiones, era exercida para resguardar um interesse eminentemente público do proponente, assemelhando-se por isso às chamadas ações públicas, ambas apresentando como legitimado ativo qualquer do povo, mas guardando a unidade na tutela jurídica.

Compreende-se o significado dessa separação quando se vê o objetivo das ações privadas, em latim privata judicium, voltadas para a cobertura do dano sofrido pelo autor, buscando a imposição ao réu de uma pena pecuniária, beneficiando-o. "Mas, ao passo que tinham por objeto a repressão de certos crimes, a respeito dos quais leis particulares instituíam jurisdição permanente, processo e penalidades especiais, eram as ações populares, como as ações privadas em geral, verdadeiras ações civis, por isso que ajuizadas perante os mesmos tribunais, instruídas e julgadas pela mesma forma, e tendentes, também elas, a uma condenação pecuniária em favor do autor. Uma vez contestadas, perdiam mesmo o seu caráter de populares, tornando-se pessoais de quem as propusera." (145)

A origem é esta, embora na atualidade o Poder Público esteja armado de inúmeros órgãos tendentes a controlar o desenvolvimento de seus trabalhos, não só visando averiguar a eficiência dos serviços, mas, também, para garantir a indispensável seriedade no trato da coisa pública. Mesmo assim, a ação direta dos

---

145. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. Da ação popular constitucional. São Paulo, Saraiva, 1968, p. 3.



particulares encontra terreno e vez por outra é acionado o dispositivo da ação popular.

O objetivo é sempre o interesse público, cujo conteúdo é amplo, suscetível de excepcional alargamento, tanto assim que "José Frederico Marques, quando se refere ao aparecimento, na Baviera, da ação popular como remedium iuris em defesa da própria legalidade constitucional, ação essa em que pertencem a quisquem de populo a legitimação ad causam e o interesse de agir, voltando-se o procedimento contra os próprios atos legislativos, desde que atentatórios das garantias constitucionais", (146) mostra a dimensão desse instituto, capaz de atuar com êxito no controle repressivo da constitucionalidade das leis.

É verdadeiro remédio de Direito Público, introduzido com dificuldade em nosso País, pois o Código Civil trouxe dúvidas a respeito de seu emprego. É que o artigo 76 desse diploma soa:

*"Para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.*

*Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor ou à sua família".*

Ora, como interesse é a posição favorável à satisfação de uma necessidade e esta configura a demonstração de razão, era impossível justificar, a não ser num plano maior, o interesse público como ligado ao do autor e de sua família. Com isso

---

146. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. Op. cit. p. 15.

as ações populares sofreram declínio, deixando de prestar relevantes benefícios à causa coletiva, fruto de uma exegese equivocada, haja vista só regular o Código Civil direitos e obrigações de ordem privada. As ações de ordem política não foram alcançadas, sendo a celeuma superada com o advento da Constituição Federal de 16 de julho de 1934, cujo o artigo 113, parágrafo 38, dispôs:

*"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos actos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".*

Instituiu o Constituinte a ação popular, afastando o debate jurídico-processual imperante em decorrência do artigo 76 do Código Civil. Todavia, o chamado Estado Novo, através da Lei Fundamental, de 10 de novembro de 1937, não cogitou dessa matéria, que ressurgiu em 18 de setembro de 1946; sensivelmente melhorada, pois o parágrafo 38 do artigo 141 desse Texto Básico soou:

*"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista."*

A Carta Magna de 24 de janeiro de 1967 foi mais sintética, porém explícita, ao estabelecer no parágrafo 31 do artigo 150, o seguinte:

*"Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anu*

*lar atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas."*

A Constituição de 17 de outubro de 1969, no parágrafo 31 do artigo 153, diz:

*"Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas."*

Apesar da autorização constitucional, o exercício adequado acha-se regulado pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, consagrando-a como pertinente a qualquer cidadão para requerer a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de empresas públicas, serviços sociais autônomos e tantas outras hipóteses.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 365, estabeleceu:

*"Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular."*

Não é por isso, sem limite, o desempenho do cidadão, pois.

*"Carece de direito ao exercício de ação popular quem defende direito próprio, sob pretexto de defender o interesse público."(147)*

No Recurso Extraordinário nº 74.151, em que foi relator o Ministro Luiz Gallotti, o Supremo Tribunal Federal, assentou:

*"Legitimidade ad causam de qual quer cidadão, ainda que ele possa ter algum interesse de ordem particular, desde que te nha em mira, não qualquer direito seu, mas apenas resguardar o patrimônio público."*(148)

Em síntese, é mesmo do cidadão a legitimidade de agir, entendendo-se o interesse público em sentido amplo, mas o provi<sup>u</sup>mento judicial só emergirá com a prova da lesão ao patrimônio pú<sup>u</sup>blico. O caráter dilatado desse instituto permite utilizá-lo no controle repressivo da constitucionalidade das leis, sendo essa, a nosso ver, uma das faces mais valiosas da ação popular.

---

148. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, Supremo Tri<sup>u</sup>bunal Federal, vol. 63, p. 262.

XI. CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NO CONTROLE REPRESSIVO  
DA INCONSTITUCIONALIDADE

CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NO CONTROLE REPRESSIVO  
DA INCONSTITUCIONALIDADE

O parágrafo 20, do artigo 153, da Constituição Federal soa:

*"Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus."*

— Ampara, esse instituto, a liberdade de locomoção — o ir e vir — tendo como pressuposto a existência de ilegalidade, praticada pela Administração Pública ou por particulares, mas pode ser impetrado por qualquer pessoa, dispensando-se, para o seu ajuizamento, o paciente representado por advogado. A capacidade postulatória é desprezada no habeas corpus. Existe em duas modalidades: liberatório e preventivo.

É uma garantia constitucional, cuja história mostra a sua origem na "Magna Carta de João Sem Terra", <sup>(149)</sup> em 1215, como um dos writs do direito inglês aptos a cessar a prisão. Entre os inúmeros instrumentos colocados à disposição do povo inglês para libertá-lo de injusta prisão, havia o writ de homine replegiende, consistindo numa caução ao sheriff para livrar o acusado, mediante a promessa de comparecimento na época necessária, para

---

149. MALCHER, José Lisboa da Gama. Manual de processo penal brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, vol. II, p. 181-182.

responder à imputação articulada contra ele. O writ of habeas corpus era o mais importante, sendo conhecido nas seguintes modalidades: habeas corpus ad respondendum, ordenado pelas Cortes de Westminster para deslocar o preso, detido por ordem de um tribunal inferior, para outro cárcere, a fim de permitir a propositura de uma nova ação. O habeas corpus ad prosequendum, usado na transferência da pessoa reclusa, para assistir a instrução do processo e seu julgamento no lugar do crime. Resta, ainda, o writ de habeas corpus ad faciendum et recipiendum, o qual objetivava a apresentação do preso pelos juizes inferiores, para cumprir as determinações da Corte Superior, mas constando no expediente o motivo e o início da restrição da liberdade existente. Esse é o inspirador do instituto consagrado em nosso ordenamento. Verdade seja dita que no direito inglês somente o writ de habeas corpus ad subfaciendum foi conservado e transplantado aos Estados Unidos da América, para assegurar a liberdade individual e proteger o cidadão contra violência partida dos detentores do Poder.

José Lisboa da Gama Malcher salienta ter Portugal desconhecido esse instituto jurídico no tempo do Brasil-Colônia, mas havia a garantia individual exercida pelo interdictum de liberis exhibendis, invocado pelos pais e tutores para reaverem a mulher, os filhos e pupilos e ainda as "cartas de seguro", que nada mais eram do que o regramento de concessão da fiança aos acusados.

O habeas corpus no ordenamento brasileiro, no período pré-constitucional, ficou ignorado, praticando-se, apenas, os institutos decorrentes da tradição portuguesa. Mudou o panorama após a Constituição Imperial e o Código de Processo Criminal (Lei de 29 de novembro de 1832) contemplou o habeas corpus, estabelecendo no artigo 340 que:

*"todo cidadão que entender que ele, ou outro, sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus."*(150)

O aperfeiçoamento não tardou, ampliando-se a incidência em 1871 para a ameaça da liberdade de locomoção, dando ensejo, dessa forma, ao habeas corpus preventivo, ou seja, aquele voltado para impedir o cerceamento, cortando o iminente constrangimento ilegal. O avanço foi sensível, ganhando o cidadão e a própria Justiça, mais aparelhada para coibir a prepotência e o abuso de poder da autoridade pública.

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, o Decreto nº 3.084 editou a Consolidação das Leis da Justiça Federal, fixando no artigo 360 os casos de prisão ilegal, assim discriminados:

- 1 - quando não houver uma justa causa para ela;
- 2 - quando o réu esteja na prisão, sem ser processado, por mais tempo do que marca a lei;
- 3 - quando o seu processo estiver evidentemente nulo, não havendo sentença proferida por juiz competente, de que caiba recurso ordinário, ou que tenha passado em julgado;

---

150. CAMPOS, Antônio Macedo de. Habeas corpus - doutrina - legislação - prática. Bauru, Jalovi, 1982, p. 64-65.



- 4 - quando a pessoa, pública ou particular, que ordenou a prisão ou a coação não tenha o direito de fazê-lo;
- 5 - quando já tenha cessado o motivo que justifica a prisão.

Os Estados, nos respectivos Códigos, acataram esses permissivos, reproduzindo-os, pois nessa época podiam legislar em matéria de processo. Entretanto, havia uma restrição. O remédio jurídico era incabível, a rigor, quando o cárcere era imposto por despacho de pronúncia ou sentença de autoridade competente, em que não era possível identificar constrangimento ilegal. o in conformismo com a situação só poderia ser suscitado através dos meios ordinários.

O campo de incidência do habeas corpus foi sendo progressivamente elevado, alcançando momento significativo com o atual Código de Processo Penal e esse instituto tornou-se cabível nas específicas previsões do seu artigo 651, a saber:

- 1 - falta de justa causa;
- 2 - quando o réu estiver preso por mais tempo do que a lei determina;
- 3 - quando faltar competência à autoridade que ordenou a coação;
- 4 - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- 5 - quando for negada fiança, autorizada por lei;
- 6 - quando o processo for manifestamente nulo.

A exegese tem atribuído excepcional conteúdo a esses permissivos, partindo do pressuposto de tratar-se de um remédio constitucional, protetor da liberdade ameaçada ou cerceada por ilegalidade. Discute questão de direito, sem necessidade de exame profundo da prova.

Esta dissertação não objetiva comentar e analisar esse extraordinário instrumento de arrimar a liberdade e destruir o constrangimento ilegal, mas mostrar a possibilidade do seu emprego até como meio para questionar a inconstitucionalidade de matéria ligada ao procedimento repressivo. Essa dimensão do habeas corpus cresce a cada dia, sem perda do terreno já conquistado, haja vista que no Recurso de Habeas Corpus nº 58.445-RJ, em que foi Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, publicado no Diário da Justiça da União de 19 de dezembro de 1980, p. 10.942, o provimento foi concedido para declarar:

*"É ilegal a conversão da ação penal regularmente instaurada e processada perante a autoridade policial, em inquérito policial destinado a instruir futura denúncia do Ministério Público."*

O julgado mostra a ilegalidade interrompida por esse socorro jurisdicional, pronto e eficaz, apto a impedir persistência no abuso praticado. Todavia, em qualquer procedimento, instância ou grau de jurisdição, o magistrado não pode deixar de examinar a constitucionalidade da lei invocada, lembrando o Ministro Rafael Mayer.

*"De qualquer modo, o controle da constitucionalidade, por via incidental, se*

*impõe toda vez que a decisão da causa reclame, necessariamente, o equacionamento dessa premissa, não podendo o juiz julgar com base em lei que tem por inconstitucional, senão tem o dever de assim declará-la em prejudicial para o objeto do pedido, sob pena de denegar a prestação jurisdicional."*(151)

O habeas corpus, ação que é, não foge à regra e os Tribunais não se omitem quando o problema é argüido. O Desembargador Rid Silva, em habeas corpus impetrado perante o Tribunal de Justiça do nosso Estado, embora rejeitando a tese suscitada, examinou-a, afinal, decidiu:

*"Não é inconstitucional o artigo 531, do Código de Processo Penal, porquanto não atribui à autoridade policial poder jurisdicional, de vez que os atos que pratica não passam de mero procedimento."*(152)

O habeas corpus utilizado com esse propósito, insere-se no mecanismo controlador da constitucionalidade das leis, localizando-se na área repressiva, em que o rito rápido, despido de várias formalidades, presta-se para combater norma irrita no ordenamento jurídico nacional.

---

151. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, vol. 97, p. 1197.

152. JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Florianópolis, Tribunal de Justiça, vol. 27, p. 344.

XII. DA ARGUIÇÃO DE RELEVANCIA DA QUESTAO FEDERAL

DA ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL

Trata-se de um mero incidente do recurso extraordinário, inobstante, "a mim me parece ser ela um recurso impróprio, pois, em geral, visa matéria diferente daquela que foi objeto específico da ação e, rejeitada pelo Conselho, extingue, de plano, o recurso extraordinário e o agravo de instrumento interposto contra a sua rejeição". (153)

A argüição foi instituída pela Suprema Corte em 12 de junho de 1975, através da Emenda Regimental nº 3. Explica-se, dessa forma, a inexistência anterior de autorização constitucional e o fato da matéria não se encontrar disciplinada até hoje no Código de Processo Civil.

Adquirindo expressão em 13 de abril de 1977, quando foi consagrada pela Emenda Constitucional nº 7, que a introduziu no artigo 119, parágrafo 1º, da Carta Magna, esse instituto jurídico processual, a par de manter a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conservou o vício primitivo da falta de enunciado hipotético, indispensável, a nosso entender, para facilitar o seu entendimento e compreender o exato campo de sua abrangência.

Representa, em suma, essa argüição, uma prefacial do recurso extraordinário, deduzida em capítulo especial da peça de interposição do apelo extremo, mas destinada a gerar um instru

---

153. ASSIS, Jacy. Impugnação das decisões judiciais. Rio de Janeiro, Revista Brasileira de Direito Processual, Forense, 1982, vol. 36, p. 29.

mento em dois exemplares, cuja tramitação é insuscetível de ser trancada pelo Tribunal de Justiça da unidade federada onde for suscitado. Detalhe curioso dessa inovação é o caráter não excludente do seguimento concomitante do recurso excepcional, quando admitido, ou do agravo de instrumento, se interposto.

Admitindo-se o recurso extremo, seguem para o Tribunal Máximo os autos originais da ação deflagrada e apensados o instrumento do incidente de relevância, com o primeiro, ou seja, o extraordinário, apreciado somente pelo Ministro relator da turma ou mesmo pela turma, se for o caso, enquanto o segundo — a questão de relevância — será decidido em sessão do Conselho, integrado pelos Ministros componentes de todas as turmas.

O agravo de instrumento, invocável à vista do despacho denegatório do recurso extraordinário, será remetido para o Supremo Tribunal em apenso ao instrumento da arguição de relevância, este em duas vias, além dos autos do agravo propriamente dito.

Singular nesse incidente recursal são algumas disposições regimentais da Corte Suprema Nacional. Assim, aceito o apelo derradeiro, se, em um quinquídio, o recorrente não insistir na sua tramitação no Tribunal de Justiça onde foi arguido, entender-se-á como desistido o pedido anteriormente manifestado.

A ratificação é imprescindível para regular seguimento, nesse caso, sendo inafastável mesmo na interposição de agravo de instrumento. Porém um aspecto interessante: têm preferência na decisão em ambas as hipóteses, cuja apreciação é obrigatória antes do recurso extraordinário ou do agravo.

Grave problema existe neste instituto, a tal ponto que

o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Conferência proferida na sessão de encerramento do XVII Seminário Regional de Advogados do Banco do Brasil, indaga: "Que se deve entender por relevância da questão federal eis que nenhuma norma lhe disciplina o conteúdo?" (154)

Responde, em seguida, destacando: "o ex-ministro Evandro Lins e Silva ao estudá-la, em conhecido artigo estampado na Revista Forense (vol. 255, p. 44), admite a sua subjetividade e invoca aresto da Suprema Corte, na tentativa de superar a angustiante perplexidade dos que pretendem fixar os seus contornos." Por outro lado, deve-se considerar a relevância da matéria em debate e aí entendida a relevância como ofensa ao interesse público, ao interesse geral, ao interesse nacional." (RTJ 42/119) E afirma: "Dentro de um conceito genérico, a causa é relevante quando traz, em si mesma, um interesse público ou encerra uma garantia fundamental do cidadão." (Op. cit. p. 45) E acrescenta: "o interesse puramente privado, a mera disputa de bens materiais não se enquadra em princípio, no requisito inovador. A relevância tem outro alcance e visa à tutela de bens jurídicos de outro porte e significação, abrangendo interesses superiores da Nação, questões de estado civil, direitos fundamentais do homem." (Op. cit. p. 45)

A extensão é ampla, mas com o traço característico do interesse coletivo superpondo-se ao privado e buscando atingir contornos precisos, muito embora "se a missão da Suprema Corte é

---

154. MAY FILHO, Francisco. Panorama atual do recurso extraordinário. Florianópolis, Jurisprudência Catarinense, vol. 38, p. 25.

garantir a aplicação autêntica da lei federal, parece-nos claro que todas as vezes que a decisão afrontar acintosamente a lei federal, seja negando-lhe a existência ou impositividade, seja interpretando-a de tal forma distoante e errônea que implique na própria negativa da sua existência, configurar-se-á questão federal relevante." (155)

Interessa-nos, no caso, ressaltar, após esse escorço, constituir a argüição de relevância da questão federal também um instrumento de controle repressivo da inconstitucionalidade das leis, justamente porque o pressuposto básico de sua utilização reside no interesse público, permitindo conhecer, examinar e expulsar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição da República.

A perspectiva desse rumo é concreta e a definição de seus contornos, ainda em elaboração por ser um instituto novo, encontrarã, por certo, esse caminho.

---

155. OLIVEIRA SOBRINHO, Jesus. Recurso extraordinário. Rio de Janeiro, Forense, Revista Brasileira de Direito Processual, 1982, p. 94.



### XIII. CONCLUSOES

### CONCLUSÃO

1 - A nulificação do ato legislativo, executivo e judicial colocado em conflito com a Constituição, é o objetivo da declaração de inconstitucionalidade.

2 - Apesar de visto até como empecilho à plena social democracia, optamos pela organização política do Estado liberal-democrático assentada na divisão dos Poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário, conferindo-se a este o controle da constitucionalidade das leis.

3 - A função jurisdicional é relevante para a garantia das liberdades e direitos individuais. É injustificável, assim, o temor de que a doutrina da superioridade do Poder Judiciário provoque o "chamado governo dos juizes", pois "essa atividade do judiciário não constitui uma usurpação de poder; é conatural com a função de interpretar e aplicar o direito em cada caso concreto". (160)

4 - A eficácia da norma jurídica está condicionada à elaboração sem incompatibilidade com as disposições substanciais ou formais da Carta Magna. Há inconstitucionalidade quando uma lei ou ato normativo, no todo ou em parte, atrita com o Texto Básico, enquanto existirá ilegalidade se a lei nova opõe-se a outra, hierarquicamente superior no ordenamento jurídico.

5 - É fundamental nesse sistema a manutenção do princípio da legalidade, pois tanto a legislação federal, quanto a es

tadual e municipal, devem subordinar-se ao sistema de competências estabelecido pelo texto constitucional maior, porque "nos países de sistema federativo e Constituição escrita, há quatro graus na ordem da legislação: A Constituição federal, as leis federais, a Constituição estadual e as leis estaduais." (161)

6 - Nesse quadro, o controle preventivo e repressivo da constitucionalidade das leis e atos normativos é indispensável.

7 - A legitimidade ativa da ação direta genérica e interventiva deve ser do chefe do Ministério Público, respectivamente federal e estadual, conforme a hipótese sub judice, vedado sempre o arquivamento da representação, independentemente do controle jurisdicional. Entendendo o Procurador-Geral tratar-se de pleito inviável deverá encaminhar a matéria à Corte Suprema com o parecer opinando pelo arquivamento.

8 - Ao declarar a inconstitucionalidade, o Poder Judiciário não revoga a lei ou o ato normativo, mas reconhece a inaplicabilidade no caso concreto, cujo precedente poderá ser invocado pelo cidadão que for atingido por seus efeitos.

9 - Não há vinculação do pronunciamento do Senado Federal e da Assembléia Legislativa com o decisum jurisdicional. Esse aspecto poderá criar constrangimento entre os dois Poderes envolvidos nesse ato completo, não só pela demora na expedição da Resolução Suspensiva do ato írrito, como resultado também da negativa em acolher a orientação sufragada no Judiciário.

É conveniente evitar-se esse constrangimento, optando-

-se pelos efeitos da inconstitucionalidade a partir do provimento judicial, pela impossibilidade do órgão legislativo rever o provimento oriundo do Poder Judiciário.

10 - Apesar de insatisfatoriamente definida em Santa Catarina, a titularidade das ações direta e interventiva, pertence ao Procurador-Geral de Justiça, como consequência dos princípios substanciais e formais estabelecidos na Constituição Federal.

11 - Dispondo apenas o município de autonomia administrativa, é defeso à Câmara de Vereadores suspender a inconstitucionalidade de norma municipal jurisdicionalmente declarada.

12 - Embora a controvérsia havida sobre o cabimento da medida cautelar na representação de inconstitucionalidade, hoje há autorização constitucional introduzida pela letra p, do inciso I, do artigo 119, da Carta Magna, modificação operada pela Emenda Constitucional nº 07, de 13 de abril de 1977.

Inobstante a exegese literal propiciar a interpretação de que essa medida cautelar poderá ser invocada pelo autor da representação encampada pelo Ministério Público, ficamos com a titularidade da sua propositura, também pelo Procurador-Geral desse órgão, pela análise decorrente da exegese sistemática.

13 - Inexiste parte contrária na ação direta, quer genérica ou interventiva, cingindo-se os atos realizados ao Chefe do Ministério Público e a Suprema Corte ou Tribunais de Justiça, uma vez que o representado participa apenas para instruir os autos, sem o caráter compulsório, de tal sorte que a sua ausência não implica em nulidade.

Diante disso, não há o contraditório pela ocorrência de relação processual em linha.

14 - É cabível a assistência na ação direta e genérica ou interventiva, uma vez cumpridos os requisitos indispensáveis à sua admissibilidade.

15 - O mandado de segurança é instrumento adequado para o ataque à inconstitucionalidade, evitando que a inatividade do Procurador-Geral permita ao cidadão ser atingido pelos efeitos de ato írrito.

16 - O habeas corpus é ação apropriada para guerrear a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato gerador de constrangimento à liberdade de ir ou vir, ou restritivo da locomoção.

17 - É viável ampliar a abrangência do Decreto-legislativo, tornando-o instrumento ajustado ao controle repressivo da inconstitucionalidade, notadamente do Decreto-lei, cujos efeitos são antecipados e podem prolongar-se ante a perspectiva de morosidade no órgão legislativo, pela existência de normas regimentais e excesso de trabalho.

O projeto de Decreto-legislativo visando declarar a inconstitucionalidade de Decreto-lei é um flanco novo a ser analisado.

18 - Frente à legitimidade do cidadão para deflagrar a ação popular, cujo objetivo é sempre o interesse público, nada impede o seu emprego no controle repressivo da inconstitucionalidade.

19 - A arguição de relevância da questão federal, junto à Corte Suprema, apesar de criação recente e de conteúdo pouco definido, insere-se como meio suscetível de contribuir eficazmente no controle repressivo da inconstitucionalidade.

Em síntese, o objetivo da dissertação é prosseguir o

questionamento e debate sobre a inconstitucionalidade perante o Poder Judiciário, cujo assunto é de interesse permanente e repleto de ângulos novos.

Contudo, a função judicante, no caso, há de ser exercida com cautela máxima, visando resguardar a indispensável harmonia e independência dos demais Poderes. Para isso, deverá observar o seguinte:

*"I - O Poder Judiciário só se pronuncia em face de um caso concreto, para cuja decisão seja necessário o exame da constitucionalidade da norma aplicável à espécie;*

*II - presumem-se, constitucionais, os atos legislativos;*

*III - na dúvida, decide-se pela constitucionalidade do ato impugnado;*

*IV - o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade quando, sem isso, possa julgar a causa;*

*V - sempre que possível, adotar-se-á a interpretação que torne o ato compatível com a Constituição;*

*VI - a reiterada aplicação de uma lei, sem que se tenha posto em dúvida a sua constitucionalidade, é elemento importante para o reconhecimento de sua conformidade com a Constituição;*

*VII - não se declaram inconstitu*

cionais os motivos da lei;

VIII - na apreciação da constitucionalidade, não deve o Judiciário se deixar influenciar pela justiça, conveniência ou oportunidade do ato legislativo;

IX - se apenas algumas partes foram incompatíveis com a Constituição, somente estas devem ser declaradas ineficazes;

X - somente com quorum qualificado o Tribunal pode se pronunciar sobre a constitucionalidade de ato impugnado;

XI - a inconstitucionalidade é imprescritível, podendo ser declarada a qualquer tempo.<sup>(162)</sup>

---

158. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 111-129.

#### XIV. BIBLIOGRAFIA



BIBLIOGRAFIALIVROS E ARTIGOS

- ASSIS, Jacy. Impugnação das decisões judiciais. Artigo na Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal — Esse desconhecido — Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro, São Paulo, Forense, 1975, vol. I, t. I.
- BARBOSA, J. C. Moreira. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro, São Paulo, Forense, 1974, vol. V.
- BARBOSA, Ruy. Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo, Saraiva, 1933, vol. II.
- BARBOSA, Ruy. Cartas da Inglaterra. 2. ed., São Paulo, Iracema, 1966.
- BARCELLOS, Roberto Magalhães. A Constituição Federal de 1967, Comentada. Rio de Janeiro, José Konfino, 1967, t. I.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Elementos de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, EDUC, 1975.
- BAYER, Ernani. Conclamação "À Comunidade Universitária". Março de 1983.
- BERMUDES, Sérgio. Comentários ao código de processo civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, vol. VII.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- BUZAID, Alfredo. Da ação direta. São Paulo, Saraiva, 1958.
- CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 1977, vol. I e II.
- CHANTEBOUT, Bernard. Do Estado, uma tentativa de Desmitificação. Rio de Janeiro, Rio, 1977.

- CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. São Paulo, Atlas, 1979.
- CAMPOS, Antônio Macedo de. Habeas corpus, doutrina, legislação, prática. Bauru, Jalovi, 1982.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa. Da ação popular constitucional. São Paulo, Saraiva, 1968.
- COELHO, Luiz Fernando. Artigo na Revista Sequência. Nº 1, Florianópolis, 1980.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo, Saraiva, 1973.
- FADEL, Sérgio Sahione. Código de processo civil comentado. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, t. III.
- FALCÃO, Alcino Pinto & DIAS, José Aguiar. Constituição anotada. Rio de Janeiro, José Konfino, 1956, vol. I.
- FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 2. ed., Rio de Janeiro, José Konfino.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 1971.
- FERREIRA, José Nunes. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, Saraiva, 1978.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O estruturalismo no direito vivo. Revista da Faculdade de Direito. Imprensa da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, ano 11, p. 217.
- GROPPALI, Alexandre. Doutrina do Estado. São Paulo, Saraiva, 1962.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Manual de direito constitucional. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.
- HARMON, M. Judd. Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos. Rio de Janeiro, Forense.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4. ed., tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Armêdio Amado.
- LIMA, Nailê Russomano de Mendonça. Compêndio de direito constitucional. São Paulo, Juriscredi, 1971.

- LOUREIRO JÚNIOR. O controle da constitucionalidade das leis. São Paulo, Max Limonad, 1957.
- MALCHER, José Lisboa da Gama. Manual de processo penal brasileiro. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, vol. I.
- MALUF, Sahid. Direito constitucional. São Paulo, Sugestões Literárias, 1977.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed., Rio de Janeiro, São Paulo, Forense, vol I.
- MAY FILHO, Francisco. Panorama atual do recurso extraordinário. Artigo no repertório de julgados; "Jurisprudência Catarinense", Florianópolis, 1982, vol. 38, p. 25.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 8. e 9. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- MELO, Afonso Arinos Franco. Entrevista na Revista Semanal de Informações. São Paulo, nº 757, de 09/MAR/1983.
- MELLO, Osvaldo Ferreira de. Tendências do federalismo no Brasil. Florianópolis, Lunardelli. 1979.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das Constituições rígidas. 2. ed., São Paulo, José Bushatsky, 1980.
- MIRANDA, Jorge. Constituições de diversos países. Lisboa, Imprensa Nacional, 1979.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2. ed., t. II.
- OLIVEIRA FILHO, João de. Legislativo: poder autêntico. Rio de Janeiro, 1974.
- OLIVEIRA SOBRINHO, Jesus. Recurso extraordinário. Artigo na Revista Brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- PANSARDI, Mário Artur. Iniciação ao estudo do Estado. Porto Alegre, Sulina, 1972.
- PAUPÉRIO, A. Machado. A teoria geral do Estado; direito político, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 242.
- PINTO FERREIRA. Princípios gerais do direito constitucional moderno. São Paulo, Saraiva, 1962, t. II.

- RAMELLA, Pablo. Lá estructura del Estado. Buenos Aires, Depalma, 1964.
- RIPERT, Georges. Regimen democrático e o direito civil moderno. São Paulo, Acadêmica, Saraiva, 1937.
- RUSSOMANO, Rosah. Curso de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 1970.
- SABINO, Vicente. Inconstitucionalidade das leis. São Paulo, Su gestões Literárias.
- SÁ FILHO, Francisco. Relações entre os Poderes do Estado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959.
- SALDANHA, Nelson. O Estado moderno e o constitucionalismo. São Paulo, José Bushatsky, 1976.
- SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Rio de Janeiro, 1966.
- SANTOS, J. M. Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. 11. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, nº 11, vol I.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas do direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 1977.
- SARASATE, Paulo. A Constituição do Brasil ao alcance de todos. Rio de Janeiro, São Paulo, Freitas Bastos, 1967.
- SILVA, A. B. Alves da. Introdução à ciência do direito. 9. ed., Rio de Janeiro, Agir.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, vol. I.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- SILVEIRA NETO. Teoria do Estado. 6. ed., São Paulo, Max Limonad, 1978.
- TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. São Paulo, Univer sitária, de Direito, 1976.
- TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América. In "Os Pensadores", XXIX Federalistas, Victor Civita, Abril. 1973.

TRIGUEIRO, Oswaldo. Direito constitucional estadual. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria. Habeas corpus, ação e processo penal. São Paulo, Saraiva, 1978.

VASCONCELLOS, Wilson Accioli de. Evolução histórica e perspectivas do Estado. Brasília, Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, 1970.

VEGA, Alípio Valência. Fundamentos de derecho político. Buenos Aires, Libreria Juventud, 1962.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

REPERTÓRIOS DE DECISÕES JUDICIAIS

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA - Organizada pela Divisão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Brasília.

| Volumes: | páginas: |
|----------|----------|
| 03       | 20       |
| 23       | 07       |
| 38       | 569      |
| 63       | 262      |
| 76       | 22       |
| 97       | 389      |
| 93       | 238      |
| 99       | 1031     |
| 96       | 778      |
| 100      | 01       |
| 100      | 1013     |

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, Revista dos Tribunais.

| Volume | página |
|--------|--------|
| 234    | 290    |

REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro, São Paulo, Forense.

| Volumes | páginas |
|---------|---------|
| 237     | 110     |
| 254     | 267     |
| 257     | 199     |

LEX COLETÂNEA DE LEGISLAÇÃO. São Paulo, Lex, 1964, ano XXVIII, t. I.

REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE. Dispositivos de Constituições Estaduais. Brasília, Supremo Tribunal Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 1976.

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Florianópolis, Publicação Trimestral do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

| Volumes | páginas |
|---------|---------|
| 3/4     | 45      |
| 22      | 653/654 |
| 23/24   | 539     |
| 25      | 46      |
| 27      | 344     |
| 33      | 31      |
| 32      | 250     |
| 33      | 661     |

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO - p. 152.

TEXTOS LEGAIS

CAMPANHOL, Adriano & CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. 4. ed., São Paulo, Atlas, 1979.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Texto anotado por Roberto Paraíso Rocha. Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1978.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Organizada por Mário Rodrigues. Porto Alegre, Sulina, 1970.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. De acordo com as Emendas Constitucionais 01 de 25/NOV/1970 e a de nº 08, de 17/JAN/1979; Fortaleza, Jurídica.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ. Terezina, Piauí, COMEPI, 1977.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. Cuiabá, 1981.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Atualizada por Rogério Mariano do Nascimento. Florianópolis, 1983.