

“Evolução do contrôle da constitucionalidade das leis no Brasil”*

CELSO AGRÍCOLA BARBI

SUMARIO: I — *Noções Gerais*. 1 — A Constituição e a garantia dos direitos nela assegurados. 2 — Sistemas e formas de contrôle da constitucionalidade das leis. II — *Direito Brasileiro*. 3 — Constituição Imperial de 1824. 4 — Introdução do contrôle na legislação republicana de 1890. 5 — Constituição de 1934 e suas inovações. 6 — Carta Constitucional de 1937. 7 — Constituição de 1946 e suas modificações. 8 — Constituição de 1967. 9 — Princípios gerais sôbre o contrôle no sistema brasileiro.

I

NOÇÕES GERAIS

1 — Na luta multissecular pela defesa dos direitos individuais contra os excessos do Poder Público, alcançou-se importantíssima etapa com o advento das Constituições escritas, em que foram fixados e garantidos alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais ficaram, assim, protegidos contra as investidas das autoridades públicas.

* Artigo destinado ao volume comemorativo do 20º aniversário da fundação da Sociedade Argentina de Direito Comparado.

Essa garantia decorre da superioridade das normas constitucionais sobre as leis ordinárias, decretos e atos administrativos, os quais têm de se limitar ao campo a êles deixado pelas Constituições. Sem a prevalência prática das Constituições sobre aquêles atos de categoria inferior, seria illusória a garantia fixada na lei Maior. Daí a necessidade de meios eficazes para conter o legislador ordinário e a administração, fazendo prevalecer as normas constitucionais.

Quando o ato ofensivo à Constituição procede de autoridade do Poder Executivo, não tem surgido dificuldades para fazer prevalecer a regra constitucional. O mesmo, porém, não se dá quando o ato contrário à Constituição fôr uma lei ordinária, emanada, portanto, dos Parlamentos.

Nesse caso, razões jurídicas e políticas foram, e são, invocadas para impedir o contrôle da constitucionalidade da lei. Argumenta-se com a separação e independência dos Poderes, o que impediria que um julgasse os atos de competência de outro, ou os anulasse.

Argumenta-se também com a soberania do Parlamento que é o representante do povo, intérprete da vontade nacional, que é o mais alto poder. Como o órgão controlador da constitucionalidade não procede do voto popular, admitir-se o contrôle seria submeter à vontade popular, entidade soberana, a um órgão politicamente inferior àquela.

Todavia, não se pode negar que os argumentos favoráveis ao contrôle da constitucionalidade das leis são irrespondíveis apesar de sua simplicidade: se a Constituição é lei fundamental, de categoria mais alta, e a ela deve subordinar-se o legislador ordinário, não se pode admitir a validade de lei ordinária contrária à Constituição. Se o fizermos, estaríamos admitindo a reforma da Constituição fora do procedimento estabelecido para isto, e negando a supremacia constitucional.

Mas as resistências ao contrôle, partidas dos Parlamentos, ciosos de seus poderes, entravaram grandemente o desenvolvimento do instituto na Europa, notadamente até o fim da 2ª Grande Guerra, quando então melhoraram as condições para seu mais eficaz funcionamento.

2 — Ao longo da história, diversos meios foram experimentados para exercício do controle, ora para evitar a elaboração completa de leis inconstitucionais (controle preventivo), ora para anular, ou deixar de aplicar, leis com aquêlê vício (controle posterior).

O controle preventivo pode ser entregue a um órgão de natureza jurisdicional ou a um órgão de caráter político. Da mesma modalidade é exemplo o sistema instituído pelo artigo 138 da Constituição Austríaca, segundo a reforma de 1925: a Alta Côrte Constitucional, a pedido do Governo Federal ou Estadual deveria pronunciar-se sôbre a competência constitucional para legislar sôbre certos assuntos, evitando-se, assim, a publicação de leis viciadas de inconstitucionalidade por falta de competência constitucional para sua elaboração.

O controle preventivo por um órgão de natureza política foi instituído na França pela Constituição do ano VIII, pela qual o Senador Conservador tinha função de examinar previamente a constitucionalidade dos projetos de lei. O controle preventivo por órgão político continua merecendo a preferência da França, cuja Constituição de 1946 ainda o consagra, se bem que por órgão diverso do criado naquela primeira tentativa.

Aponta-se como exemplo dessa forma geral de controle, também o poder dado ao Presidente da República no Brasil de vetar projeto de lei que, a seu vêr, seja inconstitucional. Convém, todavia, observar que êste último exemplo caracterizaria um controle ainda sujeito à apreciação do Congresso, pois pode êste, por maioria qualificada, rejeitar o veto presidencial (Const. de 1937, artigo 66, § 3º; Const. de 1946, art. 70, § 3º; Const. de 1967, art. 62, § 3º).

A forma que hoje reúne maior preferência é a de controle posterior por órgão jurisdicional, pois nêle se agrupam vários fatores, capazes de proporcionar melhor exame da questão constitucional: a profissionalidade dos magistrados, habituados longamente ao trato com os problemas jurídicos; a independência de que goza a magistratura; a amplitude da discussão no processo judicial; a maior facilidade em perceber a inconstitucionalidade da lei quando já completamente elaborada e quando

melhor se descortina seu alcance. Dentro dêsse sistema, duas espécies surgiram: o contrôle por via de ação e por via de exceção.

Caracteriza-se o contrôle por via de ação em ser êle exercido através de uma ação judicial com a finalidade específica de examinar a constitucionalidade da lei, sem que nenhuma relação jurídica esteja em discussão. Se declarada a inconstitucionalidade, a ação terá como resultado a anulação da lei, ato êste que, evidentemente, prevalecerá *erga-omnes*, pois a lei deixou de ter validade jurídica. Assim, uma única decisão resolverá definitivamente a questão.

As vantagens dêsse sistema são grandes, pois localiza-se em um único Tribunal a discussão sôbre a lei, especializam-se seus juizes na técnica constitucional, resolve-se o assunto em um único julgado e elimina-se a lei elaborada com inobservância da Constituição. Como consequência, ou como exigência dêsses fatores, há necessidade de que o órgão portador de tão alta missão seja apenas um e determinado pela própria Constituição.

Êsse órgão pode ser o mais alto Tribunal ordinário do país ou então uma Côrte especialmente destinada a essa missão. Escolheram a primeira fórmula a Suíça, Cuba em 1934, Colômbia em 1886, Venezuela em 1931. A segunda fórmula foi preferida pela Constituição austríaca de 1920, pela Tchecoslováquia em 1920 e pela Itália em 1947; parcialmente pela Alemanha em 1949.

Os juristas, todavia, preferem o contrôle por via de exceção, entendida esta palavra no sentido de defesa, a qual pode ser tanto do réu como do autor. Por êsse sistema, quando, no curso de qualquer ação judicial, pretender uma das partes a aplicação de uma lei, para regular a relação jurídica em discussão, poderá o outro contendor defender-se dessa pretensão, alegando a inconstitucionalidade da mencionada lei. Se procedente a alegação, a lei não será aplicada pelo juiz à relação jurídica em litígio. Como se vê, a alegação pode partir do autor ou do réu, isto é, não importa a posição do interessado na aplicação da lei inconstitucional, como iniciador ou não do processo judicial.

Caracteriza-se êsse sistema por vários aspectos: a decisão judicial só prevalece entre as partes na demanda, como é regra nas ações em geral; logo, a lei continua em vigor em relação aos que não participaram da causa; a lei não é anulada nem desfeita, mas apenas se lhe nega aplicação na causa em que ela foi apreciada; não se susceptibiliza o legislador porque não se anula a lei; está na função normal do juiz escolher entre as normas legais aplicáveis ao caso em julgamento; qualquer juiz, mesmo o da menor categoria, pode negar-se a aplicar lei que êle considere inconstitucional.

Êsse sistema foi criado pela jurisprudência norte-americana e teve início no famoso julgamento do caso *Marbury v. Madison*, realizado pela Suprema Côrte dos Estados Unidos em 1803, no qual o juiz Marshall lançou as bases completas em que se assentaria a instituição do contrôle por via de exceção.

Desenvolvendo-se naquele país, o sistema passou a ser adotado em várias outras nações, ora introduzindo pela jurisprudência (Canadá, África do Sul, Grécia, Austrália, Rumânia), ora introduzido através de legislação constitucional expressa (Portugal, em 1911 e 1913, Irlanda, em 1937, Japão, em 1946, Brasil, em 1891).¹

II

DIREITO BRASILEIRO

3 — Na Constituição que vigorou de 1824 a 1889, durante o Império Brasileiro, certamente por sua marcada influência européia, e também por estar o contrôle de constitucionalidade de leis em sua fase inicial, não figuraram artigos que atribuíssem ao Poder Judiciário aquela função. Nem procurou o Supremo Tribunal de Justiça seguir o exemplo da Suprema Côrte Norte-Americana, com a introdução do instituto através de interpretação dos textos sôbre suas próprias funções.

1. G. BURDEAU — *Traité de Science Politique* — Tome III, págs. 362/3. Paris, 1950.

Essa conduta foi alvo de crítica posterior por LEVI CARNEIRO, adequadamente rebatida por C. A. LÚCIO BITTENCOURT, que demonstrou caber ao Legislativo a guarda da Constituição (art. 15, nº 9), além de existir o Poder Moderador, com função superior à dos demais Poderes do Império, com a missão de manter a independência, harmonia e equilíbrio daqueles — artigo 98.²

4 — Com o término do Império e o advento da República, cessou o predomínio da influência do constitucionalismo europeu, substituído que foi pelas novas idéias, provindas dos Estados Unidos da América do Norte. Como conseqüência, os ideólogos do novo direito constitucional brasileiro procuraram, desde logo, introduzir o sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na forma adotada por aquela Nação, isto é, o controle por via de “exceção”, destacando-se nesse trabalho RUI BARBOSA, que contribuiu decisivamente para a implantação do instituto.

Assim, na denominada Constituição Provisória de 1890, artigo 58, § 1º, alíneas “a” e “b”, ao ser regulada a competência do Supremo Tribunal Federal, admitiu-se a possibilidade de ser examinada a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

II

No mesmo ano, o Decreto 848, de 11-10-1890, que organizou a Justiça Federal, fixou dois importantes princípios sobre o assunto ao dispor, no art. 3º que

“Na guarda e aplicação da Constituição e Leis Federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte”.

Esse dispositivo, sem dúvida, consagra o sistema de controle por via de “exceção”, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em *espécie e por provocação de parte*.

2. C. A. LÚCIO BITTENCOURT — O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, pág. 27, Rio de Janeiro, 1949. Paris, 1950.

E no artigo 9º, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, dispôs no § 1º, alíneas "a" e "b", de forma igual à Constitucional Provisória.

A Constituição de 24-2-1891 reproduziu no artigo 59, § 1º, alíneas "a" e "b", as idéias da provisória de 1890. E o Supremo Tribunal Federal, ao elaborar seu Regimento Interno em 8-8-1891, repetiu êsses dispositivos no seu art. 15, § 2º, alínea "b", ns. 2 e 3.

Três anos mais tarde, a Lei 221, de 20-11-1894, que completou a organização da Justiça Federal, introduziu mais um importante princípio legal, ao exigir que a inconstitucionalidade fôsse manifesta, ao dispor no seu art. 10, § 10,

"Os juízes e Tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais".

Na aplicação do nôvo sistema pela magistratura, foram decisivas as lições do grande constitucionalista RUI BARBOSA, profundo conhecedor da doutrina, legislação e jurisprudência norte-americanas.

Na reforma constitucional feita em 1926, os artigos da Constituição de 1891 relativos ao assunto foram melhorados em sua redação, figurando no nôvo texto como art. 60, § 1º, alíneas "a" e "b".

5 — Suprimida a Constituição de 1891 pela Revolução de 1930, veio a Constituição de 1934 promover novos avanços no instituto, podendo-se considerar o desenvolvimento que ela lhe propiciou tão importante quanto a introdução em 1890 e 1891.

Manteve a nova Constituição, em seu artigo 76, III, alíneas "b" e "c", as disposições da Constituição anterior, e, no art. 179, determinou que a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais só poderia ser feita pela maioria da totalidade de seus membros, evitando, assim, a flutuação decorrente de pequenas maiorias eventuais.

Grande novidade, porém, trouxe o art. 91, item IV, que atribuiu ao Senado competência para suspender execução de

lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Apesar da imprecisão revelada na expressão "Poder Judiciário", que levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, o dispositivo era de grande alcance e correspondia a exigências decorrentes dos costumes da magistratura brasileira. É que, nos EE.UU., dada a submissão dos órgãos da Justiça à Jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que deriva da formação tradicional nos países do "common law", a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la, pela regra dos precedentes judiciais.

Mas a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes. De modo que leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela alta Corte. Por outro lado, o sistema de declaração por via de exceção, tem, logicamente, a consequência de que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pela mais alta Corte do país, continuava ela em vigor.

A inovação trazida pelo citado art. 91, item IV, era feliz porque continha forma de dar efeitos *erga omnes* a uma decisão proferida apenas *inter partes*. Politicamente a fórmula encontrada era hábil, porque deixava de violar o princípio da independência dos Poderes, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo.

Outra inovação importantíssima trazida pela Constituição de 1934, em seu art. 12, § 1º, foi a seguinte: pelo art. 7º, item I, aos Estados da Federação competia elaborar sua Constituição e leis, mas observados vários princípios ali enumerados, como, v.g., a forma republicana representativa, a independência e coordenação de poderes, a temporariedade das funções eletivas, autonomia dos municípios etc. A inobservância desses princípios por um Estado possibilitaria a intervenção federal, para

fazê-los valer, nos termos do art. 12, item V. Mas essa intervenção dependeria, segundo o art. 12, § 2º, de haver o Procurador Geral da República provocado manifestação do Supremo Tribunal Federal e de êste haver declarado a inconstitucionalidade da lei estadual que justificara a intervenção.

Essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de "exceção", mas sem constituir também tipicamente uma declaração por via de "ação". Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns.³

Indiretamente, a Constituição de 1934 concorreu grandemente para o desenvolvimento e aplicação do controle, ao criar, no art. 113, nº 33, o Mandado de Segurança, instituto destinado a facilitar ao cidadão a luta na defesa de direitos lesados por atos ilegais ou inconstitucionais do Poder Público. Podendo ser nêle alegada, como fundamento, a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a autoridade para praticar o ato acoimado de lesivo ao cidadão, e dada a simplicidade e rapidez do seu processo, multiplicaram-se grandemente as demandas fundadas em inconstitucionalidade de leis, firmou-se a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais, familiarizaram-se os juizes com os litígios relativos a inconstitucionalidade de leis.⁴

3. Sobre o tema é fundamental a monografia de ALFREDO BUZÁID "Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro", São Paulo, 1958.

4. Sobre o Mandado de Segurança, vejam-se: CASTRO NUNES. Do Mandado de Segurança. CELSO AGRÍCOLA BARBI. Do Mandado de Segu-

6. Com o golpe de Estado de 1937 e outorga da Carta Constitucional de 10-11-1937, que vigorou até 1946, operou-se grave retrocesso no instituto do contrôle. Permaneceram de pé, no art. 101, item III, alíneas "b" e "c", os princípios vigentes na Constituição de 1891 e as exigências, nos Tribunais, para a declaração da inconstitucionalidade, do voto da maioria da totalidade dos seus membros (art. 96).

Mas o Mandado de Segurança, eficaz meio processual para o contrôle, foi retirado da Constituição e relegado à legislação ordinária. O Código de Processo Civil de 1939, no artigo 319, excluiu da apreciação judicial, por essa forma de processo, os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores dos Estados. Com isto, a atividade de contrôle de constitucionalidade foi grandemente reduzida.

No art. 96, parágrafo único, introduziu-se regra segundo a qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fôsse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interêsse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se êste a confirmasse, por dois têrços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Como se vê, o artigo contém no fundo, a possibilidade de coexistência de uma norma constitucional com uma lei com ela conflitante, pois aquela não seria revogada pela manifestação do Congresso: apenas persistiria a existência e validade da lei, apesar de infringente do texto constitucional, o qual prevaleceria em relação a outras leis, como norma limitadora.

7. O curto período de vigência da Constituição de 1934 não permitiu que tôda a potencialidade nela contida alcançasse pleno desenvolvimento. Mas a Constituição de 18 de setembro

rança, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1966. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, Do Mandado de Segurança. L. E. BUENO VIDIGAL, Do Mandado de Segurança, São Paulo, 1953.

de 1946, que vigorou até 15 de março de 1967, manteve, com algumas modificações, todos os seus princípios.

No artigo 101, item III, alíneas "b" e "c", regulou os casos existentes desde 1891; no artigo 200, permaneceu a exigência de maioria absoluta de votos para declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais.

No artigo 64, foi mantida a competência do Senado para suspender lei declarada inconstitucional. Melhorando o sistema de 1934, especificou-se que seria nos casos de declaração pelo Supremo Tribunal Federal. Surgiram desde logo dúvidas sobre se o Senado poderia suspender também leis estaduais e municipais, ou se sua ação seria limitada às leis federais. Firmou-se, todavia, orientação no sentido de que o Senado poderia suspender tanto as leis federais, como as estaduais e municipais, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; dezenas de Resoluções do Senado foram publicadas abrangendo tôdas aquelas leis.⁵

No artigo 7º, item VII, permaneceu a possibilidade de intervenção federal nos Estados, para assegurar observância de determinados princípios, tal como na Constituição de 1934. Segundo o parágrafo único dêsse artigo, a questão deveria ser submetida previamente pelo Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal e, se êste declarasse a inconstitucionalidade do ato do Governo Estadual, seria decretada a intervenção. E, no art. 13, completando o sistema, prescreveu-se que o Congresso Nacional poderia limitar-se a suspender o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, se essa medida bastasse para o restabelecimento da normalidade no Estado.

5. Segundo alguns autores, o Senado é obrigado a suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal: C. A. LÚCIO BITTENCOURT, op. cit., pág. 145/6; SEABRA FAGUNDES, Conferência feita no Instituto dos Advogados do Brasil em 12-12-1956. Apud MÁRIO GUIMARÃES, O Juiz e a função jurisdicional, pág. 265, Nota 15, Rio de Janeiro, 1958. Contra: MÁRIO GUIMARÃES, op. cit., págs. 264/5.

Esse caso especial de declaração de inconstitucionalidade foi regulado inicialmente pela Lei 2.271, de 22-7-54, e, posteriormente, pela Lei 4.337, de 1-6-1964. Denomina-o a lei “arguição de inconstitucionalidade” ou “representação” — êste último nome usado habitualmente pela Suprema Côrte e é tipicamente uma ação declaratória, cujo objeto não é nenhuma relação jurídica ou fato, mas sim uma lei estadual, cuja compatibilidade com a Constituição Federal será julgada pelo Supremo Tribunal Federal.⁶

Segundo a legislação citada, a legitimação para promover essa declaração de inconstitucionalidade é privativa do Procurador Geral da República, o qual deverá fazê-lo quando tiver conhecimento de ato dos Poderes Estaduais que infrinjam o artigo 7º, inciso VII, da Constituição Federal.

Todavia, qualquer interessado poderá representar ao Procurador Geral para que êste promova a arguição, hipótese em que êle terá prazo de trinta dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição. Evidentemente, deve-se entender que o Procurador Geral poderá não apresentar a arguição, se entender que não existe a infração daquele artigo.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, a quem fôr distribuída a arguição como relator, mandará ouvir os órgãos que hajam elaborado a lei, ou praticado o ato argüido, os quais terão trinta dias para sua defesa (art. 3º). Findo êsse prazo, o relator deverá elaborar, em trinta dias, relatório, do qual será remetida cópia a todos os Ministros, designando o Presidente dia para julgamento, que se fará em sessão plenária, com ciência prévia dos interessados (art. 4º). Na sessão de julgamento, após o relatório, poderão usar da palavra o Procurador

6. Veja-se ALFREDO BUZÁID. op. cit., Utilíssimo trabalho de indicação de doutrina e jurisprudência sobre os vários problemas é a compilação feita pelo Dr. José Carlos Barbosa Moreira, publicado em Separata do vol. 12 da Revista de Direito da Procuradoria Geral da Guanabara.

Geral para sustentar a arguição, e o procurador dos órgãos estaduais interessados, para defender a constitucionalidade do ato (artigo 4º, parágrafo único). O art. 5º permite que o relator, *in limine*, ou no curso de processo, se entender que a decisão é urgente face ao relevante interesse de ordem pública, requeira, com prévia ciência das partes interessadas, a imediata convocação do Tribunal, e este, sentindo-se esclarecido, poderá suprimir os prazos de audiência dos órgãos estaduais, julgando desde logo o caso. Do julgamento final, o único recurso cabível é o de embargos, para o próprio Tribunal, se tiver havido pelo menos três votos divergentes, devendo os embargos ser processados na forma da legislação em vigor para esse recurso (art. 6º). Se reconhecida a inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente comunicará a decisão aos órgãos estaduais interessados. Após a publicação do acórdão, será ele levado ao conhecimento do Congresso Nacional, para que este suspenda a execução do ato argüido, na forma do artigo 13 da Constituição Federal, caso essa medida baste para o restabelecimento da normalidade no Estado, ou decrete a intervenção, caso aquela suspensão se mostre insuficiente (art. 7º).

Esse processo vem sendo largamente utilizado, com os melhores resultados, e a suspensão do artigo ou lei estadual tem-se revelado suficiente para restabelecer a normalidade nos Estados, sem ser o Poder Central compelido ao recurso extremo da intervenção federal.

A Constituição de 1946 contribuiu indiretamente, e de forma decisiva, para a ampliação das oportunidades de controle de constitucionalidade de lei, ao elevar novamente à categoria constitucional o mandado de segurança, admitindo-o contra ato de qualquer autoridade, sem distinguir a sua hierarquia (art. 141, § 24), abrangendo, assim, os atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores dos Estados, etc. Além disto, o aludido inciso suprimiu a exigência anterior de ser o ato atacado pelo mandado de segurança manifestamente ilegal ou inconstitucional, o que ampliou a área de ação do remédio

constitucional.⁷ Munidos dêsse processo rápido e simplificado, os cidadãos têm aumentado grandemente o número de ações em que se alega a invalidade de atos, porque fundados em leis inconstitucionais. A jurisprudência e a doutrina nacionais admitem pacificamente essas demandas, salvo quando o objetivo da ação seja a própria lei, isto é, quando a inconstitucionalidade seja o objeto e não o fundamento da ação.⁸

A argüição de inconstitucionalidade na forma acima exposta era específica para exame de legislação estadual ofensiva da Constituição Federal. Mas o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-965, ao modificar a alínea "k" do inciso I do artigo 101 da Constituição, deu maior amplitude ao instituto. Por essa nova redação, compete ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento de

“representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”.

Criou-se, assim, o exame da inconstitucionalidade, por via de ação, também de lei federal, o que, sem dúvida, nada tem a ver com o problema de intervenção federal, que é matéria do art. 8º, parágrafo único da Constituição.

O dispositivo da Emenda Constitucional trouxe profunda modificação no sistema constitucional brasileiro, ao instituir o exame da constitucionalidade de leis federais, assim como estaduais, por iniciativa do Procurador Geral da República, sem distinguir entre leis de direito público e de direito privado, sem vincular o juízo constitucional a uma finalidade determinada, como fazia o art. 8º, parágrafo único da Constituição, que se destinava a preparar ou a evitar a intervenção federal nos Estados.

7. Conforme CELSO AGRÍCOLA BARBI. op. cit., págs. 54 e ss.

8. Ampla exposição sôbre a doutrina e jurisprudência brasileira em CELSO AGRÍCOLA BARBI. op. cit., págs. 88 e ss.

A Emenda Constitucional nº 16 foi mais além, em seu caminho para ampliação do contrôle, ao prever a instituição, em lei, de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Municípios, contrários à Constituição dos Estados (artigo 19, que acrescentou um inciso, de nº XIII, ao artigo 124 da Constituição Federal). Essa legislação ordinária prevista na Emenda não foi, todavia, elaborada, e a inovação não chegou a ser posta em prática.

8. A Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor a 15 de março do mesmo ano, reproduziu todos os artigos da de 1946, referentes ao contrôle, e parte das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 16, havendo omitido, apenas, o dispositivo que permitia a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. E, no caso de intervenção nos Estados, por inobservância de princípios contidos no art. 10, item VII, transferiu do Congresso para o Presidente da República o poder de suspender o ato ou lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando essa suspensão fôr suficiente para restabelecer a normalidade no Estado.

Merece referência especial, a disposição contida no art. 114, item I, alínea "I", segundo o qual, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente

"a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual".

Esse dispositivo, que repete a inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965, criou, como já se disse a respeito desta, a possibilidade de ser intentada ação com a finalidade exclusiva de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não apenas dos Estados, mas também dos elaborados pelo Legislativo federal. Com o nôvo campo

aberto ao exame das leis contrárias à Constituição, adiantou-se um grande passo no aperfeiçoamento do instituto e no aprimoramento dos meios destinados a manter a supremacia efetiva da Constituição Federal sobre o restante do ordenamento jurídico do país.

O sistema vigente no regime das Constituições de 1934 e 1946, que só previam êsse exame da lei em tese quando fôsse emanada dos Estados-membros e como preliminar do processo de intervenção federal, já abrisse salutar perspectivas para a ampliação dos meios de controle. Certos juristas propugnaram mesmo por uma interpretação extensiva, que permitisse o uso da arguição de inconstitucionalidade mesmo quando não estivesse em jôgo o problema de intervenção federal. Agora, a questão ficou definitivamente resolvida, não só com relação a leis estaduais, mas também com relação a leis federais.

O dispositivo é também de grande relevância para o reforço dos poderes do Executivo Federal, pois freqüentemente vetava êstes projetos de lei que entendia inconstitucionais, mas o Congresso rejeitava o veto e não tinha o Chefe do Governo meios legais simplificados de evitar a aplicação da lei que considerava inconstitucional. Sustentou mesmo a Presidência da República, como meio de evitar a aplicação dessas leis, a legalidade do procedimento do Executivo em negar aplicação a leis que considerasse contrárias à Constituição, ficando ao interessado o caminho de reclamar ao Judiciário contra a atitude daquele Poder. Nessa oportunidade, examinariam os juizes a constitucionalidade da lei que o Executivo se recusava aplicar. A tese logrou aceitação máxima porque não subtraía ao Judiciário a oportunidade de dar a última palavra a respeito da questão.⁹

9. Parecer do Consultor Geral da República em 7-5-1965, aprovado pelo Presidente da República, in *Revista Forense*, volume 214, pág. 50. Acórdãos do Supremo Tribunal Federal publicados na *Revista de Direito Administrativo*, volumes 79, págs. 245; 78, págs. 269 e 281; 76, pág. 308; 59, pág. 339. *Contra*: Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, in *Revista Forense*, vol. 131, pág. 204; Acórdão

Até agora ainda não foi expedida nenhuma lei complementar regulando o citado art. 114, I, "I". Parece-nos, porém, que essa omissão não impede a execução do inciso, que é auto-aplicável. Acresce, ainda, que as normas da Lei 4.337, de 1-6-64 são perfeitamente aplicáveis, salvo quanto à parte relativa à intervenção federal. Ademais, o texto constitucional fixou desde logo 2 (dois) pontos importantíssimos, que são capitais para a aplicação do princípio: atribuiu a legitimação para agir apenas ao Procurador Geral da República e a competência apenas ao Supremo Tribunal Federal. Eliminou-se, assim, um grave problema, que seria o de estabelecer quais as pessoas habilitadas a postular perante a Suprema Corte o exame da constitucionalidade. Conjugados aquêles dois princípios fundamentais com o que atribui ao Senado Federal (artigo 45, item IV) a competência para suspender lei considerada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ter-se-ão todos os elementos básicos. As normas da Lei 4.337 fornecem os pormenores processuais, que podem ser completados ou mesmo adotados pelo Regimento Interno. A Emenda Regimental aprovada em sessão de 16-3-1967 inclui, no art. 2º, item VII, a nova hipótese de declaração de inconstitucionalidade, mas não lhe regulou o processamento; mas êste ainda deverá ser modificado, segundo prevê o art. 21 daquela Emenda.¹⁰ Em conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a 13-12-1967, informou o Ministro Gonçalves de Oliveira que, no julgamento dos Embargos na Representação nº 600, a Suprema Corte fixou definitivamente o cabimento do processo da Lei 4.337 para a ação de declaração de inconstitucionalidade ora em exame.

9. Dadas, assim, as linhas da evolução do contrôle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro, passamos a

do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in* Revista Forense, vol. 148, pág. 302; Parecer de Oscar Saraiva, em 6-3-1951, *in* Revista Forense, vol. 137, pág. 89.

10. *In* Diário da Justiça, de 17-3-1967.

enumerar alguns dos principais princípios geralmente adotados em sua aplicação:

a) Quando da interpretação dos dispositivos que exigiam maioria absoluta de votos para declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais, surgiram dúvidas sobre a possibilidade de os juízes singulares deixarem de aplicar leis com aquêle fundamento.¹¹ Hoje, porém, é entendimento pacífico que qualquer órgão judicial, singular ou colegiado, pode examinar a constitucionalidade da lei, quando tiver de aplicá-la a caso sob seu julgamento.¹² Alguns entendem deva o juiz singular, nesses casos, recorrer "ex-officio" para o Tribunal imediatamente superior. As disposições legais a respeito, porém, foram elaboradas nas legislações dos Estados, os quais não têm competência para fazer leis sobre processo, de modo que é discutível a constitucionalidade dêsse recurso oficial.¹³ Além disto, discutível também a conveniência dêsse reexame por órgão superior, uma vez que o sistema de controle por via de "exceção" limita o efeito do julgado às partes na demanda, não anulando a lei, que continua a vigorar.

b) A falha já apontada, e que será suprida com o artigo 114, item I, alínea "1", da nova Constituição, criou a doutrina de poder o Executivo negar aplicação a lei inconstitucional e o Legislativo anular lei com êsse vício.¹⁴

11. VICENTE CHERMONT DE MIRANDA. Inconstitucionalidade e Incompetência de juiz singular, art. 96 da Constituição, *in* Revista Forense, vol. 92, pág. 582.

12. Acórdãos do Supremo Tribunal Federal *in* Revista Forense, vol. 99, pág. 83; vol. 117, pág. 444; vol. 121, pág. 472; vol. 154, pág. 164.

MÁRIO GUIMARÃES, *op. cit.*, págs. 260/1. PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946, vol. IV, pág. 185, 1ª edição.

13. Pela exigência do recurso "ex-officio": Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in* Rev. Forense, vol. 133, pág. 452. Contra a exigência: Ac. Trib. Justiça São Paulo, *in* Revista Forense, vol. 152, pág. 266.

14. Conforme Nota 9 acima.

c) O problema das leis ordinárias anteriores à Constituição vem sendo resolvido no sentido de considerar o problema à luz do direito inter-temporal e não do contrôlo. Dessa forma, aquelas leis são consideradas revogadas, quando contrárias à Constituição que se lhes seguiu.¹⁵ O assunto tem grande relevância prática, porque, suprimida a qualificação constitucional do conflito, os Tribunais podem deixar de aplicar a lei antiga sem exigência do *quorum* especial de maioria absoluta de votos da totalidade dos seus membros, o que seria inadmissível se a questão fôsse colocada em termos de inconstitucionalidade.

d) Segundo antiga e constante doutrina, quando se pode decidir a demanda sem enfrentar a questão constitucional, assim deve proceder o juiz.¹⁶

e) Na mesma orientação, quando há dúvida quanto à constitucionalidade da lei, deve ela ser aplicada, pois presumem-se constitucionais as leis,¹⁷ presunção essa que só deve ceder quando inequívoco o vício.¹⁸

f) O efeito da declaração de inconstitucionalidade, enquanto o seja por juízes singulares, ou Tribunais que não o Supremo, é apenas *inter partes*. Sòmente após a decisão definitiva do mais alto tribunal do país e depois de suspensão a lei pelo Senado deixa ela de vigorar.

15. Acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal *in* Revista Forense, vol. 112, pág. 125; vol. 121, pág. 493; vol. 125, pág. 499; Revista de Direito Administrativo, vol. 65, pág. 67. Ac. Trib. Justiça São Paulo, *in* Revista Forense, vol. 123, pág. 176. C. A. LÚCIO BITTENCOURT, op. cit., pág. 115. *Contra*: CASTRO NUNES, Teoria e Prática do Poder Judiciário, pág. 601, Rio, 1943.

16. Acórdão do Trib. Justiça do Distrito Federal, *in* Revista Forense, vol. 97, pág. 647. Acórdão do Trib. Justiça de Pernambuco, *in* Rev. Forense, vol. 109, pág. 523. MÁRIO GUIMARÃES, op. cit., pág. 259. *Contra*: C. A. LÚCIO BITTENCOURT, op. cit., pág. 118.

17. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *in* Revista Forense, vol. 103, pág. 464. Acórdão do Tribunal Justiça do Distrito Federal, *in* Rev. Forense, vol. 96, pág. 641. MÁRIO GUIMARÃES, op. cit., pág. 259. LÚCIO BITTENCOURT, op. cit., pág. 113.

18. FRANCISCO SA FILHO. Relações entre os Poderes do Estado, pág. 309, Rio, 1959.