

O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA LUSO - BRASILEIRO

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA*

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça,
Professor da Faculdade de Direito da UFMG e Juiz de
Direito em Minas Gerais*

Sumário:

I - INTRODUÇÃO. II — CONSTITUIÇÃO — CONCEITO. III — DO CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IV — DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. V — NOÇÕES HISTÓRICAS DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. VI — O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS: a — Na Constituição de 1911; b — Na Constituição de 1933; c — Paralelo entre as Constituições de 1911 e 1933; d — O Controle da CONSTITUCIONALIDADE no Ultramar Português; e — Crítica ao Sistema Português. VII — DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: a — Histórico; b — Legislação; c — Sistema Brasileiro: c1 — Considerações; c2 — Da arguição por exceção; c3 — Da ação direta; c4 — A participação do Senado; c5 — Dos efeitos



da declaração; c6 — Síntese do sistema brasileiro e princípios que regem seu controle da constitucionalidade. VIII — REGRAS A SEREM OBSERVADAS NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. IX — CONCLUSÃO. X — BIBLIOGRAFIA.

I — INTRODUÇÃO

Conjunto de regras que regulam a vida em sociedade, o direito está em permanente transformação. Ciência da vida e destinada à própria vida,¹ exige constante atualização, o que determina que alguns temas sejam objeto de análise e reexame com frequência.

O que ora se enfoca é dos mais significativos no particular, quer pela gama de implicações práticas e teóricas que ultrapassam os contrafortes do próprio Direito Constitucional, quer pelas mutações que se verificam na área da ciência política, e em especial no âmbito das manifestações do poder político, onde as oscilações são uma constante.

Evidenciada pelos doutos a temeridade em pretender-se a formulação de uma teoria definitiva, por essa e outras razões, e assentada a existência de valiosos estudos a respeito, justifica-se, quer-nos parecer, a presente elaboração não só face ao texto constitucional de 1967, revigorado pela emenda de 1969, como pelo exame das recentes inovações introduzidas no direito luso, estranhamente tão estranho a nós brasileiros.

II — CONSTITUIÇÃO. CONCEITO.

Sendo o homem um animal social, o "zoon politikon" de que nos fala ARISTÓTELES, impunha-se, sobretudo na fase posterior aos

¹ MARX RUMPF, citado por WILSON MELO DA SILVA, In "Responsabilidade Sem Culpa".



primeiros agregados humanos (família, clã, tribo), que normas de conduta fossem estabelecidas objetivando a convivência social.

Como corolário, eclodiu o direito positivo, complexo de normas visando à possibilidade da vida em sociedade. Um direito calcado em imperativos categóricos. Uma "ordem de paz", na lição de VON LISZT.

Na lenta e progressiva criação do Estado, leis foram sendo formuladas e postas em prática.

Porque deveriam ser harmônicos entre si, colimando a realização de aspirações de uma mesma sociedade política, e destinadas às necessidades desta, lógico que deveriam obedecer a princípios filosóficos, políticos e ideológicos, plasmando um sistema valorativo para a vida comunitária, refletindo, em sua abstração, os anseios dos povos aos quais se destinassem.

Impunha-se, igualmente, uma hierarquia dentre elas, tendo no ápice aquela que desse as diretrizes gerais, a estruturação dos órgãos estatais, a definição do poder político. Daí a Constituição, conjunto de regras orgânicas que regulam a atribuição e o exercício do poder político, que prevê a separação dos poderes e assegura a garantia dos direitos individuais, que objetiva segurança, justiça, o aprimoramento das instituições, a realização do bem-estar social no seu sentido mais abrangente.

Observa o eminente constitucionalista RAUL MACHADO HORTA² que a idéia de Constituição despontou no mundo antigo, preocupando ARISTÓTELES em sua Política, penetrou na Idade Média com a Magna Carta e ganhou conteúdo mais nítido e preciso na elaboração doutrinária do conceito de "lex fundamentalis", nos séculos XVII e XVIII.

² "O Controle da Constitucionalidade no Regime Parlamentar" — Belo Horizonte — 1953 — (Tese de Concurso).



Registra, por sua vez, MARCELO CAETANO³ que só a partir do século XVII se começou a usar o termo Constituição (não tem havido uniformidade entre os publicistas no que tange ao seu exato conceito, como nos demonstra o alemão C. SCHMITT, em sua "Teoria da Constituição", a relacionar, exaustivamente, inúmeros deles) como lei fundamental do Estado, apontando como dignos de destaque os subsídios apresentados por LOWNSTEIN⁴ no tocante à evolução histórica da Constituição.

Salienta BUZAID⁵ no entanto, que, no plano jurídico-histórico, somente no século seguinte, XVIII, vamos lobrigar o conceito real de Constituição, alicerçando sua afirmativa, que encontra guarida na melhor doutrina, no fato de que foi no crepúsculo daquele século, sobretudo em decorrência das revoluções americana e francesa, de 1776 e 1789 respectivamente, que o conceito de Constituição deixou a atitude meramente cognoscitiva (concepções jus naturalista — fundada no direito divino, e historicista — calcada no fatalismo histórico), abandonando o institucionalismo que a caracterizava, para dar lugar ao surgimento das constituições revolucionárias, chamadas "voluntaristas", programáticas, que buscavam traçar normas criadoras de aperfeiçoamento. Documento jurídico solene, para sintetizar o ordenamento político da nação "instrumento de propaganda ideológica e de educação popular a serviço da vontade dominante", com a imperatividade promanando da regra jurídica, na lição de BURDEAU.

III — DO CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A expressão constitucionalidade da lei deve ser entendida como sinônima de conformidade da lei à Constituição, no dizer de JOÃO

³ Manual de Ciência Política e Direito Constitucional" — Lisboa — 1967/70.

⁴ "Political power and the governmental process" — 1957.

⁵ Revista Forense — 179/14 — 1958.



MARIA TELO DE MAGALHÃES COLAÇO⁶ segundo o qual a lei pode carecer de CONSTITUCIONALIDADE por duas ordens de razões, a saber, ou porque na sua formação não teve os requisitos que constitucionalmente são indispensáveis para que seja genuinamente uma lei, ou porque, perfeita sob esse ponto de vista, as suas disposições são contudo doutrinariamente contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados. Donde a conformidade à Constituição desdobrar-se em validade e CONSTITUCIONALIDADE propriamente dita.

BUZAID, por seu turno, diz que uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição, salientando o festejado jurista que este conceito amplo se destina a abranger também o conceito de ilegalidade, ocorrente quando uma lei subposta no sistema de direito público contraria outra.

Lúcio BITTENCOURT⁷ da mesma forma, assevera inconstitucional a lei "que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição".

Já MARCELO CAETANO, discorrendo sobre a matéria, afirma que, sendo a lei constitucional superior às ordinárias, a conclusão lógica é que estas não podem contrariar aquela, aduzindo que "a Constituição é o assento fundamental da ordem jurídica as outras normas, o fundamento autoridade de todos os poderes constituídos", para concluir que uma lei que não respeita a Constituição carece de força obrigatória, eis que sem validade, sendo a inconstitucionalidade o vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considera competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas.

⁶ "Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das Leis no Direito Português" — Coimbra — 1915

⁷ "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis" — Forense — 3ª ed. — 1968.



Devemos anotar, ainda, o conceito expendido por DUGUTT, que qualifica de inconstitucional "toda lei contrária à um princípio superior de Direito, inscrito ou não numa lei superior à lei ordinária".

IV — DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Para resguardar a supremacia da norma constitucional e dos princípios assegurados na lei fundamental, considerando-se que a Constituição, como toda norma jurídica, deve não só dar garantias, mas também ser garantida, tem-se buscado a melhor solução.⁸

De maneiras diversas as Constituições focalizam a matéria, ora confiando a tarefa da fiscalização a órgãos políticos, ora a órgãos jurisdicionais. Comuns ou especiais, em ambos os casos.

Quando entregue a fiscalização a órgãos jurisdicionais, a mesma se tem feito: quer através de ação direta, perante um tribunal especial; quer incidentalmente, mediante exceção de inconstitucionalidade, hipótese em que o juiz terá competência para a apreciação ou terá que sustar o processo regular e remeter o incidente em separado para o órgão específico resolver.

Inclina-se a doutrina majoritária pelo controle por órgãos jurisdicionais, sob o fundamento de que o Legislativo não pode ser o próprio juiz constitucional das suas atribuições, sendo portanto mais racional erigir o Judiciário como intermediário entre o povo e seus legisladores.

⁸ "A idéia do controle da constitucionalidade decorre de duas exigências elementares. A primeira implícita no reconhecimento de que não basta a simples superioridade teórica de uma Lei fundamental. A segunda reclamando, como consequência da anterior, a existência de uma sanção, para restabelecer a hierarquia desfeita na ruptura entre a lei ordinária e a lei fundamental" — RAUL MACHADO HORTA — op. cit.



MARCELO CAETANO, jurista e estadista luso, mostra-se partidário do controle por órgãos jurisdicionais. Escrevendo a respeito (item 180, tomo I, 6ª ed.) afirmou:

“a experiência tem mostrado que a fiscalização por órgãos políticos, comuns ou especiais, é ineficaz. Na verdade os órgãos políticos têm naturalmente preocupações muito diversas das relativas a legalidade constitucional e hesitarão em anular uma lei inconstitucional quando tal anulação possa comprometer o prestígio dos órgãos que a elaboraram ou a razão de Estado que a ditou. A ineficácia da fiscalização por órgãos políticos faz inclinar muitos autores para a fiscalização por órgãos jurisdicionais. Os tribunais comuns têm a vantagem de ser constituídos por juízes independentes, de formação puramente jurídica e que se limitarão a resolver um conflito de leis pela aplicação da lei superior. Mas há quem observe que o sistema de fiscalização da constitucionalidade assim exercido tem o inconveniente de desviar os tribunais da sua função própria, chamando-os a desempenhar um papel de caráter nitidamente político. Os juízes, fechados numa mentalidade legalista, poderiam negar-se até a aceitar interpretações novas da letra constitucional, exigidas pelas circunstâncias ou pelo sentido popular, opondo uma barreira conservadora às tentativas de reforma social, como aconteceu nos Estados Unidos no tempo de ROOSEVELT”.

Daí resultar que muitos dos partidários da fiscalização jurisdicional preferam que esta seja exercida por um único tribunal, especialmente criado para esse fim, e dos qual façam parte homens eminentes, com autoridade jurídica, mas com alguma experiência política, podendo ser renovado periodicamente, ao menos em parte, por eleição dos seus componentes. A verdade, porém, é que um tal tribunal apresenta, em geral, os defeitos das instituições híbridas, porque tem os inconvenientes dos órgão políticos (pela origem dos seus vogais), sem oferecer as vantagens da independência judicial.



Por sua vez, o jovem e talentoso JORGE MIRANDA ⁹, após ressaltar que se deve a KELSON, como decorrência da sua “Teoria pura do Direito”, refletida na Constituição austríaca de 1920, a iniciativa da adoção de um tribunal constitucional, vê maior futuro no sistema em que, argüida como prejudicial a inconstitucionalidade, se não manifestadamente infundida, se suspenda o feito até o julgamento da exceção por tribunal constitucional.

Por outro lado, nada obsta que o controle da constitucionalidade se faça preventivamente ou a “posteriori”.

O controle posterior por órgãos jurisdicionais, que possibilita a fiscalização através de ação direta ou através de exceção, vem reunindo a preferência, quer pela independência dos juízes, quer pela possibilidade de melhor discussão em processo, já vigente a lei.

Finalmente, cumpre salientar que despidendo o fato de ser a lei anterior ou posterior à Constituição. Nada impedindo, também, que se argua e se aprecie a inconstitucionalidade apenas de parte do diploma legal.

V — NOÇÕES HISTÓRICAS DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Divergem os estudiosos em relação à origem histórica do controle da constitucionalidade.

Enquanto para muitos a gênese seria encontrada nos movimentos revolucionários ingleses, anti-absolutistas, de 1648 e 1688, no “Instrument of Government” de CROMWELL, de 1654 (primeira Constituição inglesa e, para alguns, primeira Constituição na acepção moderna), outros a vislumbram nos textos que desde os tempos

⁹ “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade” – Lisboa – 1968.



medievais vinham paulatinamente reconhecendo e atribuindo privilégios e direitos mais amplos aos cidadãos, em evidente limitação do poder dirigente, na luta incessante entre os direitos individuais e os excessos do poder público. Sem esquecer os que, indo mais além, buscam o nascedouro na Grécia clássica ou nos publicistas romanos.

No direito luso, vê COLAÇO a fiscalização das leis já no século XVII, advertindo no exórdio do seu trabalho publicado em 1915, pela Universidade de Coimbra, que, da forma como então era exposta, "poderia concluir-se que a distinção entre a lei constitucional e a lei ordinária data apenas do momento em que, pela primeira vez, e com solenidade, se formulou uma lei superior, um texto escrito fundamental. E, como a noção de lei constitucional tem sido modernamente referida à teoria da divisão dos poderes e sua organização, e às liberdades individuais, é vulgar imaginar-se que a noção da lei constitucional deriva do constitucionalismo. E, todavia, nada há tão pouco exato..."¹⁰

Salientou ainda o citado professor que já na primeira fase da história política portuguesa — da fundação da monarquia até D. João II¹¹ se vislumbrava a noção de lei fundamental, registrando ainda que nas Ordenações Afonsinas se fazia necessária a conformidade das novas leis ao direito do Reino, que merecia especial atenção, tanto assim que o Chanceler-Mor do Reino,¹² escolhido com rigor, deveria zelar para que "non sejam dadas contra direito" as próprias cartas assinadas pelo rei, evitando assim as leis "contrárias às Ordenações, e Direitos do Reino e prejudiciais ao Estado".

¹⁰ Para JOKGE MIRANDA, no entanto, não há propriamente lei inconstitucional na fase das leis fundamentais do Reino, haja vista não conceber a inconstitucionalidade a não ser em Estado Constitucional.

¹¹ Autor da célebre frase: "se o soberano he senhor das leis, logo se fazia servo delas pois lhe primeiro obedecia".

¹² Magistrado (sentido lato da expressão) maior, para vigiar sobre as provisões dos seus tribunais, e sobre as suas mesmas leis (dos monarcas).



Indubitavelmente, porém, tomou vulto o controle da constitucionalidade com o constitucionalismo¹³ pós-revolucionário de 1776 e 1789 (fruto que eclodiu do racionalismo, do jusnaturalismo, do iluminismo, do enciclopedismo e de ismos outros), recebendo configuração específica através da jurisprudência norte-americana, que culminou no célebre pronunciamento do Chief-Justice Marshall, por ocasião do caso *MARBURY versus MADISON*, em 1803 (sem esquecer a "desassombrada" manifestação do Juiz PATTERSON, em 1795, de que nos fala BUZAID), que, segundo MAURO CAPPELLETTI, resultou sobretudo a chamada supremacia da Constituição e impôs, de outro lado, o poder e o dever dos juizes não aplicarem leis contrárias à mesma.

Não tardou a influência norte-americana, acolhendo-a não só países latino-americanos e o Canadá, mas também a Alemanha de Weimar, a África do Sul, a Austrália, a Dinamarca, a Noruega, a Islândia, a Romênia, a Polônia, a Grécia e Israel, anotando-se a observação de JORGE MIRANDA de que em alguns Estados a fiscalização judicial somente se verificou após consagrada nos termos constitucionais.

Evidente, porém, que se exagera ao salientar-se o papel histórico norte-americano, como na afirmação do constitucionalista JAMES A. C. GRANT, do "Department Political Science", da Universidade da Califórnia, que pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México publicou, em 1963, "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes —una contribución de las Américas a la Ciencia Política", no qual afirmou que "en verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma

¹³ a) "O controle da constitucionalidade das leis, que surgiu, se desenvolveu e se organizou, técnica e doutrinariamente, sob os auspícios do constitucionalismo moderno, tem, conseqüentemente sua própria existência associada à idéia de Constituição, as fases e processos que vieram assegurar a supremacia da Lei Constitucional". b) "O controle da constitucionalidade das leis, que é uma das etapas culminantes da evolução do Estado moderno, erige a Constituição, e não apenas a Lei, em ponto de referência obrigatório do ordenamento jurídico, disposto hierarquicamente, a fim de que sobressaia, na sua posição mais eminente, a Constituição do País". RAUL MACHADO HORTA — op. cit.



superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución da las Américas a la ciencia política". O que levou o insigne MAURO CAPPELLETTI, da Universidade de Florença, a dizer¹⁴ que "questa tesi reca in sé un núcleo importante di verità; essa è, insomma, sostanzialmente vera, pur senza essere però storicamente del tutto corretta"; e finalmente concluir que "se questa coraggiosa, ferma affermazione di JOHN MAESHALL ("principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument") efetivamente ha iniziato in America e nel monde qualcosa di nuovo e di importante, essa è stata però, nello stesso tempo, come ormai mi sembra di avere esaurientemente dimostrato, non un gesto d'improvvisazione, ma anzi un atto maturato attraverso secoli di storia: storia non soltanto americana, ma universale".

VI — O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS

a — Na CONSTITUIÇÃO DE 1911

Recebendo os influxos do direito constitucional norte-americano, em evidente desvio da sua tradição, o direito português acolheu o princípio da fiscalização judicial da constitucionalidade das leis, introduzido pelo regime republicano.

Efetivamente, a Constituição de 1911, que atribuía ao Legislativo sua guarda, deixou a cargo do Poder Judicial o controle da constitucionalidade, consagrando o princípio no seu art. 63º, que dispunha:

"O Poder Judicial desde que. nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei

¹⁴ "Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi" — Segunda de cinco conferências pronunciadas na Faculdade de Direito do México, em 1965, e publicada em memória de TULLIO ASCARELLI na "Rivista di Diritto Processale", 1966, páginas 53 a 66.



ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das Corporações com autoridade pública, que tiverem sido invocadas, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados".

Acolhido o princípio, resultaram as seguintes conclusões:

a — ficaram excluídos da competência fiscalizadora os tribunais especiais, eis que a prerrogativa foi atribuída apenas aos ordinários, a saber, o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais de 2^a e de 1^a instância:

b — Os órgãos jurisdicionais, não poderiam conhecer officiosamente da inconstitucionalidade, pressupondo a apreciação a invocação pelas partes;

c — não poderia a arguição constituir o objeto principal do feito, mas apenas surgir incidentalmente, como uma exceção, o que pressupunha a existência de um processo regular;

d — os efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade teriam eficácia apenas no caso "subjudice", "inter partes";

e — a inconstitucionalidade poderia surgir em face de inconformidade com os preceitos ou princípios consagrados na lei fundamental;

f — os tribunais ordinários poderiam fiscalizar leis propriamente ditas, emanadas do Legislativo. Portanto, como também os diplomas expedidos pelo Poder Executivo e pelas autarquias locais (regulamentos)

Divergiu-se, então, na doutrina se o "Poder Judicial" poderia ou não apreciar também a inconstitucionalidade formal, tendo MAGALHÃES COLAÇO defendido o ponto de vista favorável, após fazer a



distinção entre validade e constitucionalidade propriamente dita, enquanto FÊZAS VITAL, indo à redação original do projeto, argumentava em contrário.

Posteriormente, J. CARLOS MOREIRA apontou mais acertada a opinião do segundo, esclarecendo ainda que a jurisprudência, escassa, não permitiu deduzir qual a corrente que veio a predominar na prática.

Recentemente, no entanto, JORGE MIRANDA observou que embora houvesse corrente segundo à qual o art. 63º se restringia à inconstitucionalidade material, o certo é que para a corrente majoritária o âmbito do citado artigo era mais amplo. Apenas o exame do Poder Judicial ficava restrito à argüição de qualquer das partes no processo, pelo que o juiz não poderia examinar o vício do conteúdo se invocado apenas o de forma, e vice-versa. Invocados, porém, vícios em mais de um aspecto, a apreciação teria início pelo formal.

b – NA CONSTITUIÇÃO DE 1933

A Constituição de 1933 manteve o princípio. Ora mais abrangente, ora mais restrito que o da Carta de 1911, dispondo:

— "Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que infrinjam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados.

- Parágrafo único: — A inconstitucionalidade orgânica ou formal da regra de direito constante de diplomas promulgados pelo Presidente da República só poderá ser apreciada pela Assembléia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembléia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa, porém, das situações criadas pelos casos julgados".



Recebeu essa redação fundadas críticas, donde as sucessivas e louváveis modificações porque passou, na busca de um aperfeiçoamento que dissipasse sobretudo as dúvidas da doutrina e dos pretórios.

A primeira alteração de realce veio pela Lei nº 1963/37, que, sintetizando em um único parágrafo os §§ 1º e 2º do art. 123 (originariamente 122º, até a Lei 1885/35), fez a distinção entre inconstitucionalidade orgânica (quanto à competência dos órgãos) e inconstitucionalidade formal (quanto à forma), resultando a tríplex divisão ainda hoje consagrada, a saber, material (também chamada substancial ou doutrinal), orgânica e formal.

Maior destaque merecem, entretanto, as inovações introduzidas pela Lei 3/71, não só acrescentando o atual § 1º do artigo 123º, deslocando com acréscimos, o parágrafo único para o § 2º, como explicitando o "caput" do artigo,¹⁵ salientando a competência de "apreciação" pelo Poder Judicial, haja vista que a redação anterior estava ensejando polêmicas, como se constata do trabalho publicado na Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. 19, pelo Dr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, sob o título de "Fiscalização da CONSTITUCIONALIDADE das leis no Ultramar", argumentos tiveram a refutação do Prof. MARCELO CAETANO no nº 303 do seu "Manual", ed. 1967, anterior portanto à Lei 3/71.

Resultante dessa evolução legislativa, onde se observa com clareza a influência doutrinária ¹⁶ do hoje estadista MARCELO CAETANO, vamos encontrar a redação atual, contida no art. 123º da Constituição, que dispõe:

¹⁵ Persistiram, contudo, as dúvidas originadas da expressão "diplomas" no atual § 2º do art. 123º, o que aqui apenas registramos, dadas as características do presente estudo, remetendo o pesquisador ao encontro do trabalho assinado pelo Dr. J. CARLOS MOREIRA, no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 19, 1943.

¹⁶ A exemplo do que ocorrera em relação a MAGALHÃES COLAÇO e FÈZAS VITAL, anteriormente.



- "Nos feitos submetidos a julgamento, não podem os tribunais aplicar normas que inflinjam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados, cabendo-lhes, para o efeito, apreciar a existência da inconstitucionalidade, salvo se o seu conhecimento for da competência exclusiva da Assembléia Nacional, nos termos do § 2º deste artigo.

§ 1º — A lei poderá concentrar em algum ou alguns tribunais a competência para a apreciação da inconstitucionalidade referida no corpo do artigo e conferir às decisões desses tribunais força obrigatória geral.

§ 2º — A inconstitucionalidade orgânica ou formal da regra de direito constante de diplomas promulgados pelo Presidente da República ou de normas constantes de tratados ou outros atos internacionais só poderá ser apreciada pela Assembléia Nacional ou por sua iniciativa ou do Governo, determinando a Assembléia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa, porém, das situações criadas pelos casos julgados".

C — PARALELO ENTRE AS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS DE 1911 e 1933

Do confronto do artigo 63º da Constituição de 1911 com o artigo 123º e respectivos parágrafos da Constituição de 1933, podemos destacar:

a — a Constituição de 1933 estendeu a competência fiscalizadora aos tribunais especiais, investidos igualmente como órgãos da soberania (art. 71º) ;

b — os tribunais passaram a ter competência "ex officio", independentemente de provocação das partes;

c — O Poder Legislativo, ainda erigido um guardião da Constituição, passou a ser o único órgão competente para apreciar a inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade orgânica dos diplomas promulgados pelo Presidente da República;



d - estabelecida ficou, por força de lei 3/71, a possibilidade da lei ordinária concentrar em algum ou alguns tribunais a competência para a apreciação da inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese de competência exclusiva da Assembléia Legislativa (princípio que já teve consagração na nova Lei Orgânica do Ultramar — nº 5/72, de 23-6-72, como veremos infra);

e — validade "erga omnes" quando a decisão partir desse ou desses tribunais referidos na letra anterior.

d — O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO ULTRAMAR PORTUGUÊS.

Sabido que as terras ultramarinas portuguesas¹⁷ são regidas por uma legislação peculiar, atendendo às características próprias do meio, "à sua situação geográfica e às condições do seu desenvolvimento" (artigo 134º da Constituição), compreender-se-á melhor que também a fiscalização da CONSTITUCIONALIDADE nessas províncias teria que merecer a atenção especial do legislador. Fiscalização essa que, como observa MARCELO CAETANO, ali tem maior relevo face à descentralização legislativa e à necessidade de serem respeitados os princípios em que se assentam as relações entre o Poder Central e os Poderes locais.

A vigente Lei Orgânica do Ultramar, de 23-6-72, com fundamento no atual parágrafo 1º do artigo 123º da Constituição (introduzido pela lei 3/71) dispõe em sua base LXVI:

¹⁷ Nos termos do art. 1º da Constituição Política da República Portuguesa, o território luso compreende:

- a) Na Europa: o Continente e os arquipélagos de Madeira e Açores;
- b) Na África Ocidental: arquipélago de Cabo Verde, Guiné, S. Tomé e Príncipe e suas dependências. S. João Baptista de Ajuda, Cabinda e Angola;
- c) Na África Oriental: Moçambique;
- d) Na Ásia: Estado da Índia e Macau e respectivas dependências;
- e) na Oceania: Timor e suas dependências.



1 – a apreciação das questões de inconstitucionalidade dos diplomam aplicados exclusivamente ao Ultramar cujo conhecimento não esteja reservado a Assembléia Nacional, nos termos do parágrafo 2º do artigo 123º da Constituição, e que hajam sido suscitadas, oficiosamente ou pelas partes, nos tribunais das províncias ultramarinas, pertencentes ao Conselho Ultramarino.

2 — reconhecida a viabilidade da argüição pelo tribunal "a quo" o incidente da inconstitucional idade sobe, em separado, ao Conselho Ultramarino, para julgamento.

3 — As decisões do Conselho Ultramarino que declarem a inconstitucional idade de qualquer norma tem força obrigatória geral, vigorando a partir da data da respectiva publicação.

4 — A publicação das decisões do Conselho Ultramarino em matéria de contencioso da CONSTITUCIONALIDADE far-se-á nas folhas oficiais onde houverem sido publicados os diplomas a que respeitam.

Com vigência da nova L.O.U., concentrando no Conselho Ultramarino a apreciação da inconstitucional idade (ressalvada a competência da Assembléia Nacional, nos termos da Constituição), vamos vislumbrar no Ultramar um tribunal de CONSTITUCIONALIDADE (embora com competência limitada), de quê ainda não dispõe a Metrópole, não obstante possa vir a tê-lo em breve, o que se prevê.

Não é novidade, porém, o fato de melhor aparelhamento do Ultramar em relação à Metrópole quanto ao sistema do controle da CONSTITUCIONALIDADE.

MARCELO CAETANO, escrevendo a respeito, em 1967, na 5ª edição do seu "Manual", nº 303 (que certamente virá no 2º tomo, da 6ª edição, ainda não publicado, face ao desdobramento da obra, revista e



ampliada), antes portanto das inovações trazidas pela Lei 3/71 (promulgada quando já na chefia do Conselho de Ministros) ao texto constitucional, após criticar a fiscalização da CONSTITUCIONALIDADE por órgãos políticos (comuns ou especiais), assim como o sistema da dispersão da competência (que possibilita "sentenças desencontradas, insegurança e até mesmo agitação"), afirmava que o sistema adotado então na Metrópole era francamente inferior ao que se adotava no Ultramar antes da revisão da L.O.U. de 1953 (nº 2066), ocorrida em 1963, levando-se em consideração que após essa revisão o sistema ultramarino ficou restrito à inconstitucionalidade orgânica ou formal de diplomas das autoridades locais.

Pela atualidade e pela autoridade dos seus redatores, Drs. Rui MACHETE e JORGE MIRANDA, pertencentes aos quadros da Universidade de Lisboa, merece transcrição o nº 678 dos "Sumários" de Direito Constitucional de 1972, como se segue:

A fiscalização relativamente ao Ultramar

Complexidade do sistema de fiscalização da CONSTITUCIONALIDADE nas províncias ultramarinas:

a — Pela atribuição de poderes de garantia a órgãos a acrescentar aos órgãos com competência na metrópole e no espaço nacional;

b — Pela concentração de competência jurisdicional no Conselho Ultramarino.

Órgãos de fiscalização:

1 — o Governo, através do Ministro do Ultramar, o qual pode anular, no todo ou em parte, os diplomas legislativos das províncias



ultramarinas ofensivas das normas constitucionais (base XIV, nº 2 da Lei Orgânica do Ultramar, em execução do art. 136, alínea "b" da Constituição).

2 — O Governador de província ultramarina, enquanto recusa e não manda publicar diploma votado pela assembléia legislativa provincial (base XXXVIII).

3 — O Conselho Ultramarino, no caso de, após nova deliberação na assembléia legislativa, esta confirmar o diploma (de iniciativas de vogais) e de a discordância do Governador se fundar em inconstitucionalidade: nesta hipótese o diploma é enviado ao Ministro do Ultramar para ser submetido ao Conselho Ultramarino (base XXXVIII, nº 3 da Lei Orgânica).

4 — A assembléia legislativa de cada província, à qual compete, à semelhança da Assembléia Nacional, vigiar pelo cumprimento da Constituição, podendo promover a apreciação pelo Conselho Ultramarino da inconstitucionalidade de quaisquer normas provenientes dos órgãos da província (base XXXVI, nº 2 da Lei Orgânica).

Caráter preventivo da fiscalização na 2ª e 3ª hipóteses, a repressiva na 1ª e 4ª.

Historicamente, com caráter informativo, vamos encontrar a redação primitiva da L.O.U. de 1953, dispondo em sua Base LXVIII:

I — Sempre que nos Tribunais das províncias ultramarinas de levantar um incidente de inconstitucionalidade de qualquer diploma, quer por iniciativa das partes, quer dos magistrados, se o tribunal entender que a arguição tem fundamento, subirá o incidente em separado ao Conselho Ultramarino para julgamento.



II — Recebido o processo, seguir-se-ão os trâmites legais, lavrando-se a final acórdão sobre a inconstitucional idade do diploma, mandando-o observar ou mandando que se não aplique.

III — A conclusão do acórdão do Conselho Ultramarino será telegraficamente comunicada à província ou províncias interessadas, a fim de que, uma vez publicada no boletim oficial, se lhe dê cumprimento.

Como nos relata o argentino A. H. WILENSKY,¹⁸ O governo português, ao manifestar a intenção de proceder a alteração da L.O.U. de 1953, mandou à Assembléia Nacional uma proposta de lei alicerçada em parecer votado pelo Conselho Ultramarino, relator o professor SILVA CUNHA, atual Ministro do Ultramar, no qual se examinava o controle da CONSTITUCIONALIDADE, quando se propôs o critério defendido por Moçambique, segundo o qual a inconstitucional idade orgânica e formal dos diplomas publicados pelos órgãos legislativos provinciais seria apreciada por um tribunal superior com jurisdição em todo o Ultramar, reconhecida a apreciação da inconstitucional idade material pelos tribunais, nos termos do então texto constitucional vigente.

Alterando o texto do projeto do governo (v. Lei 2119/63), para considerá-la também competente para apreciar a inconstitucional idade orgânica ou formal dos diplomas legislativos ministeriais e portarias do Ministro do ultramar, além dos diplomas promulgados pelo Presidente da República, a Assembléia votou aprovando a redação dada à L.O.U. que vigorou até recentemente, e que dispunha:

"Base LXVII"

¹⁸ "La Administración de Justicia en África Continental Portuguesa" -Lisboa — 1971.



I — A inconstitucionalidade material das normas jurídicas será, nas províncias ultramarinas, apreciada pelos tribunais em conformidade com o disposto no corpo do artigo 123º da Constituição.

II — A inconstitucionalidade orgânica ou formal dos diplomas promulgados pelo Presidente da República, bem como dos diplomas legislativos ministeriais e portarias do Ministro do Ultramar, a que se refere o § 1º do artigo 150 da Constituição, só poderá ser apreciada pela Assembléia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembléia Nacional os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa, porém, das situações criadas pelos casos julgados.

III — Sempre que nos tribunais das províncias ultramarinas se levantar um incidente de inconstitucionalidade orgânica ou formal de qualquer outro diploma, quer por iniciativa das partes, quer dos magistrados, se o tribunal entender que a arguição tem fundamento, subirá o incidente em separado ao Conselho Ultramarino, para julgamento.

Recebido o processo, seguir-se-ão os trâmites legais e no final será lavrado acórdão sobre a inconstitucionalidade do diploma, mandando-o observar ou determinando que se não aplique.

A conclusão do acórdão será comunicada à província ou províncias interessadas, a fim de que, uma vez publicada no respectivo Boletim Oficial, se lhe dê cumprimento.

e — CRÍTICA AO SISTEMA PORTUGUÊS

Examinados os sistemas adotados nas Constituições republicanas de 1911 e 1933, salientados os aspectos diferenciadores, parece-nos interessante acrescentar algumas considerações para uma melhor visão de conjunto, embora em síntese.



Em primeiro lugar, é de frisar-se que o controle da CONSTITUCIONALIDADE em Portugal apresenta características distintas em relação à Metrópole e ao Ultramar, vigorando neste um sistema especial, através de órgãos centrais e locais, em decorrência da estrutura peculiarmente fraccionada e regional do estado português.

Outrossim, optou o regime luso por um sistema híbrido, em evidente preponderância da fiscalização da CONSTITUCIONALIDADE pelo Poder Legislativo, não obstante atribuir parte desse encargo ao Poder Judiciário.

Assim estabelecido na lei fundamental, colimou-se valorizar o ato solene da promulgação do Chefe de Estado, no exercício da suprema magistratura do Estado, e destacar os critérios políticos, talvez com algum infundado receio da implantação de um lusitano "governo dos juizes", a exemplo da fase norte-americana anterior ao "New Deal" rooseveltiano (1937).

Conforme críticas de J. MIRANDA e RUI MACHETTE, anotada a depreciação da fiscalização pelos tribunais, a atribuição ao Parlamento enfraquece o princípio da fiscalização jurisdicional, sem precedência na Constituição de 1911, sendo a exceção contraditória com o sistema de governo representativo simples, e chegando mesmo a prejudicar os direitos fundamentais.

Não obstante essas restrições e o ponto de vista que esposamos de que se impõe a declaração da inconstitucionalidade apenas pelos órgãos jurisdicionais, sobretudo pela independência que os caracteriza, não podemos deixar de registrar que o direito constitucional português apresenta evidente evolução no que diz respeito ao controle da CONSTITUCIONALIDADE, na busca do aprimoramento do sistema introduzido pelo regime republicano, de que é prova exuberante a lei



3/71, objetivando não só dirimir as interpretações divergentes da doutrina e da jurisprudência, como também ampliar a forma vinculadora do Judiciário, ao possibilitar a concentração em um ou mais tribunais da competência para apreciar a CONSTITUCIONALIDADE, com validade "erga omnes", embora mantida a competência do Legislativo no controle da CONSTITUCIONALIDADE formal e orgânica dos diplomas promulgados pelo Chefe de Estado.

Como exemplo marcante das modificações porque tem passado a fiscalização da CONSTITUCIONALIDADE no regime português, tivemos recentemente alterações profundas em relação ao Ultramar, face à promulgação da nova L.O.U., que introduziu as modificações já anotadas retro, com fundamento na nova redação do artigo 123º da Constituição, dada pela Lei 3/71, igualmente já referida, o que levou o dr. GONÇALVES PEREIRA, da Universidade de Lisboa, a dizer em suas lições sobre "Administração e Direito Ultramarino" que é de se prever que venha ser criado outro tribunal de CONSTITUCIONALIDADE quanto aos diplomas aplicados só à Metrópole (que poderia ser o "Tribunal de Conflitos", como sugeriu em 1967 o professor MARCELO CAETANO, face à sua formação mista de juizes do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Administrativo) ou a todo o território nacional.

Por outro lado, diversamente do que ocorre no Brasil, o direito português não prevê uma ação específica de declaração de inconstitucionalidade.

Pelo contrário, haja vista que, atribuindo ao Parlamento a fiscalização quanto aos aspectos formal e orgânico dos diplomas promulgados pelo Chefe do Estado, restringe a fiscalização judicial (possível quanto à inconstitucionalidade material e às inconstitucionalidades formal e orgânica de diplomas não promulgados) t



apenas "incidentur tantum", isto é, quando a inconstitucionalidade tiver sido argüida em exceção, em qualquer fase, como questão prejudicial imprópria, em feito judicial regular, haja vista que não poderá a argüição constituir-se em objeto principal do processo.

Argüição essa que pode ser levantada pelas partes ou pelo Ministério Público. Nada impedindo, porém, e até mesmo a lei é incisiva quanto ao dever dos tribunais (v. artigo 123º da Constituição), que estes conheçam da inconstitucionalidade oficiosamente.

É de considerar-se ainda que, se a Constituição vigente, de 1933, atribui à Assembléia Nacional a prerrogativa de apreciar a inconstitucionalidade formal e a orgânica dos diplomas sujeitos a promulgação pelo Presidente da República (a saber, leis e resoluções da Assembléia Nacional, bem como os decretos-leis, os decretos para o Ultramar e os decretos regulamentares — artigo 81, nº 9), o Poder Judiciário não poderá deixar de aplicar aos casos concretos sujeitos a julgamento, sob o ponto de vista formal ou orgânico, os diplomas não declarados inconstitucionais pelo parlamento.

Para finalizar, sintetizando, salientada a evolução legislativa e a influência doutrinária no particular, conclui-se que em Portugal o controle da CONSTITUCIONALIDADE se caracteriza não só pelo sistema híbrido adotado, com a fiscalização ora por órgãos jurisdicionais (comum — tribunais; especial — Conselho Ultramarino), ora por órgão político (comum — Assembléia Nacional), mas também pela ausência de uma ação especial de declaração de inconstitucionalidade, e ainda pela duplicidade causada pela apontada diversidade entre a Metrópole e o Ultramar.

VII - DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO



A - HISTÓRICO

Refletindo a influência do constitucionalismo francês, fruto da revolução de 1789, a Carta Constitucional de 1824, no seu artigo 15, confiou a sua guarda ao Legislativo, não atribuindo conseqüentemente ao Poder Judiciário a fiscalização da CONSTITUCIONALIDADE. Nem houve uma elaboração Jurisprudencial nesse sentido.

A adoção do regime republicano, porém, veio introduzir profundas modificações, calcadas no direito constitucional norte-americano, e dentre elas a transferência para o Judiciário da garantia das normas e princípios consagrados na lei maior.

Corolário desta influência, já a Constituição provisória de 1890 previa a possibilidade do "judicial control", o que foi reiterado no Dec. 848 daquele ano, na Constituição de 1891, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e na Lei 221, de 1894. com pequenas modificações.

Assentado estava assim o princípio do controle da CONSTITUCIONALIDADE pelo Poder Judiciário através de exceção, no que teve marcante atuação Rui BARBOSA.

A Carta de 1934, que veio dar novas dimensões ao nosso Direito Constitucional, carregou inovações de alto teor ao instituto, quer ao possibilitar a provocação do Supremo Tribunal Federal pelo Procurador Geral da República para declaração de inconstitucionalidade de lei estadual, como requisito para intervenção federal (logo, permitindo ao Judiciário o exame de lei estadual em tese, e em circunstância diversa da via por exceção) precedente que viria ensejar a futura adoção do "judicial review" pela ação direta ; quer ao atribuir ao Senado, mui habilmente, a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, dando-lhe efeitos "erga omnes", com o que



procurava não só evitar decisões contraditórias, mas também resguardar o princípio da interdependência dos poderes.

Para não falarmos no mandado de segurança, que teve indireta influência na evolução do controle da CONSTITUCIONALIDADE, como o demonstrou o eminente Prof. CELSO AGRÍCOLA BARBI,¹⁹ em excelente trabalho.

A Constituição de 1937, por sua vez, espelhando as influências do regime político vigente, o "Estado Novo", manteve o "judicial review", mas veio trazer modificações que comprometeram a sua evolução, possibilitando inclusive que uma norma declarada inconstitucional pelo Judiciário pudesse ser aplicada, desde que o Parlamento, por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, a confirmasse, ao reexaminá-la por iniciativa do Executivo quando este a julgasse necessária ao bem-estar popular, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta. Felizmente, não chegou a ser aplicado este dispositivo, revogado que foi logo após a queda da ditadura, em 1945.²⁰

A Constituição de 1946, revigorando e ampliando as conquistas inseridas na efêmera Carta de 1934, proporcionou igualmente inovações substanciais ao instituto, que disciplinou sobretudo nos artigos 8, 64, 101 III e 200. E fez retornar o mandado de segurança (artigo 141 § 24).

Mantida, pelo art. 7º, a possibilidade da intervenção federal nos Estados-membros, com o objetivo de preservar determinados princípios constitucionais, dispôs a Constituição de 1946, em seu artigo 8º que a intervenção seria decretada por lei federal (nos casos previstos nos

¹⁹ Trabalho destinado ao 20º aniversário da Fundação da "Sociedade Argentina de Direito Comparado" — Separata — Fac. Direito da U.F.M.G.

²⁰ Certa semelhança vamos vislumbrar na figura do "Recall", proposto por ROOSEVELT em sua campanha eleitoral, em 1912, segundo o qual o referendun popular poderia determinar a aplicação da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário (in LOUREIRO JÚNIOR, op. cit.).



itens VI e VII do art. 7º). E que, no caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade seria submetido pelo Procurador Geral da República ao exame no Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção.

Esse artigo foi regulamentado pelas leis 2271/54 e 4337/64, (esta de autoria do então Senador MILTON CAMPOS), ensejando o surgimento efetivo da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, que tinha por escopo analisar a CONSTITUCIONALIDADE ou não de leis estaduais em confronto com a lei maior para fins de intervenção federal.

Em 1965, através da emenda constitucional nº 16, deu-se um vigoroso passo no aperfeiçoamento do "judicial control", aprimorando-se a garantia da hierarquia constitucional.

Pela referida emenda, a Constituição de 1946 passou a ter a seguinte redação no seu art. 101:

"Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I — processar e julgar originariamente;

k — a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República;

§ 1º — Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento:

a — das causas de competência originária que trata o inciso I, com exceção...;

b — das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas".

Como bem salientou a exposição de motivos,²¹ da citada emenda, paralelamente a outras providências buscou-se reforçar a competência do S.T.F. através de dois novos institutos de "legitimidade constitucional", propostos pelo próprio Supremo :

"a) — uma representação de inconstitucional idade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador Geral da República, à semelhança da que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal)";

"b) - uma prejudicial de inconstitucional idade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio ou pelo Procurador Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo".

No art. 64, manteve-se a orientação de 1934, atribuindo-se ao Senado a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo mais alto pretório.

Em 1967, com a adoção de nova Carta Magna, que objetivou consolidar os princípios que nortearam a revolução de 1964, praticamente foram mantidas as disposições constitucionais da Carta emendada de 1946, não tendo havido inovação digna de realce, exceto a supressão do item XIII que a emenda na 16 acrescentara ao artigo 124 da Constituição de 1946, que permitia a instituição de processo de competência originária dos tribunais estaduais quanto ao controle de leis ou atos municipais conflitantes com as respectivas Cartas estaduais (o que não chegou a efetivar-se, registre-se).

Finalmente, com a emenda constitucional de 1969, sem qualquer alteração ao texto de 67, no particular, temos o quadro atual.

b — LEGISLAÇÃO

²¹ A Emenda, de 26-11-65, que introduziu diversas inovações no texto constitucional, resultou do trabalho de uma Comissão, nomeada pelo então Ministro da Justiça, Prof. MILTON CAMPOS, formada pelos ilustres OROSIMBO NONATO, PRADO KELLY e DARIO DE A. MAGALHÃES, além da colaboração posterior do não menos doutor NEHEMIAS GUEIROS.



— *Constituição Federal* de 24-1-67, com a emenda constitucional de 17-10-69:

Artigo 119 — Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — Processar e julgar originariamente:

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

III - Julgar mediante recurso extraordinário quando a decisão recorrida:

b - declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Art. 116:

"Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público".

Art. 42 — compete privativamente ao Senado Federal:

VII - Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

— *Regimento Interno do S.T.F. (14-10-70)* :

Artigo 6º, VII:

"Compete ao Plenário processar e julgar originariamente a representação do Procurador Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, nos casos previstos na Constituição".

Artigo 148, parágrafo único:



"O quorum para a votação de matéria constitucional... é de 8 Ministros" (11 Ministros compõem o S.T.F.).

"Título VI — da representação e da declaração de inconstitucionalidade.

Artigo 174 — o Procurador Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este declare a sua inconstitucionalidade.

§ 1º — 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.

§ 2º — Proposta a representação, não se admitirá desistência, podendo, porém, o Procurador Geral modificar seu parecer.

Artigo 175 — O Relator, sem prejuízo do disposto no art. 22, IV, pedirá informações à autoridade, da qual tiver emanando o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso.

§ 1º — As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, podendo ser dispensadas, em caso de urgência, pelo Relator, ad referendum do Tribunal.

§ 2º — Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública, que envolve, poderá com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo, com os elementos de que dispuser.

Artigo 176 — Recebidas as informações, sobre elas será ouvido o Procurador Geral no prazo de quinze dias.

Artigo 177 — Decorrido o prazo do artigo anterior, ou dispensadas as informações em razão da urgência (art. 175, § 2º), o Relator, lançado o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia a todos os Ministros, pedirá dia para julgamento.



Artigo 178 — Efetuado o julgamento, com o quorum do art. 148, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a CONSTITUCIONALIDADE do preceito ou ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros (art. 97).

Parágrafo único — Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o quorum.

Artigo 179 — Proclamada a CONSTITUCIONALIDADE, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, imediatamente, a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição.

Art. 181 — Se for argüida, em qualquer processo submetido ao julgamento do Plenário, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, será ela julgada em conformidade com os artigos 178 a 180, depois de ouvido o Procurador Geral, no prazo de quinze dias.

§ 1º — Argüida a inconstitucionalidade em processo da Turma, observar-se-á

§ 2º — de igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada na execução.

Artigo 182 — O Procurador-Geral poderá intervir em qualquer processo pendente de decisão do Tribunal, para argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, em que alguma das partes funde o seu direito.

Parágrafo único — A intervenção do Procurador-Geral, para o fim previsto neste artigo, acarretará o pronunciamento do Plenário, salvo o disposto no art. 12, I, in fine;

I — sobre a prejudicial de inconstitucionalidade;



II — sobre a matéria versada no processo e não prejudicada pelo julgamento da questão constitucional".²²

C - SISTEMA BRASILEIRO

C.1 – Considerações

Exposto o histórico e a legislação vigente, já delineadas as linhas basilares do sistema abraçado pelo direito constitucional brasileiro, urge que sejam ressaltados alguns aspectos, para uma melhor compreensão da matéria.

Preliminarmente, quer-nos parecer que não se torna enfadonho repisar que o instituto do controle da CONSTITUCIONALIDADE no Brasil não se originou da elaboração Jurisprudencial (como ocorreu nos Estados Unidos, que nos serviram de exemplo) ou de contribuição substancialmente doutrinária, mas sobretudo como inestimável colaboração do próprio legislador, influenciado pelo regime republicano então recém-adotado.

Por outro lado, afigura-se-nos, e aqui divergimos do entendimento dominante, que não entregue exclusivamente ao Poder Judiciário o controle da CONSTITUCIONALIDADE entre nós.

Sem embargo da acentuada predominância do Judiciário no particular, entendemos que a participação de um órgão do Poder Legislativo, o Senado, que completa o processo e, sobretudo, dá a chancela "erga omnes" da não execução da lei declarada inconstitucional, retira essa exclusividade.

Temos assim um instituto de feições tipicamente peculiares, que prevê o controle da CONSTITUCIONALIDADE quer através de exceção

²² O novo Código de Processo Civil, com vigência prevista para Janeiro de 1974, dedicou um Capítulo (Arts. 480 a 482) à "Declaração de Inconstitucionalidade".



(nos feitos regularmente propostos e cujo objeto seja outro; perante os órgãos jurisdicionais de todas as instâncias) quer como ação direta, perante um órgão jurisdicional único, o Supremo Tribunal Federal, mas que não tem força jurídica de impor sua decisão "erga omnes" enquanto o Senado não determinar a respectiva suspensão da lei ou do ato normativo.

Para não falarmos nas questões de natureza eminentemente política, que escapam à apreciação do Judiciário, entendendo-se por elas "aquelas cuja solução é atribuída única e exclusivamente à faculdade discricionária dos poderes Legislativo e Executivo" e que Rui BARBOSA²³ tão bem examinou, relacionando 21 hipóteses dentre as quais a declaração de guerra, a orientação diplomática e do comércio internacional, o reconhecimento de governos estrangeiros.

Ademais, merece aqui referência a polêmica em torno da possibilidade ou não da Administração deixar de aplicar leis por tê-las como inconstitucionais.

Não obstante hoje minoritária, sobretudo face ao direito de veto conferido ao Executivo e à adoção da declaração pela via direta através da representação, corrente existe respondendo afirmativamente, sob o argumento de que, embora constitua prerrogativa do Judiciário, por competência privativa, declarar a inconstitucionalidade, não é defeso ao Executivo, que tem a responsabilidade de aplicar as leis, aplicar a maior na hierarquia das normas. Ressaltando a maioria dos que assim entendem, no entanto, "ad cautelam", que somente se deve permitir essa possibilidade aos escalões superiores da Administração, para evitar-se a "anarquia administrativa" e outras conseqüências.

C. 2 — *Da arguição por exceção*

²³ "O direito do Amazonas ao Acre Setentrional".



A inconstitucionalidade, além de poder ser apreciada "ex officio", pode ser argüida como exceção²⁴ desde que incidentalmente, no curso de um processo regular tramitando perante órgão investido das funções jurisdicionais, e pelos participantes da relação processual.

Nada impede, conseqüentemente, que a exceção de inconstitucionalidade seja argüida perante os juizes singulares, não obstante a Constituição Federal (artigo 116) tenha previsto que a apreciação exija a maioria absoluta nos tribunais (logo, não só no Supremo, mas nos demais tribunais, federais ou estaduais). Não se podendo exigir, outrossim, que da decisão proferida em sentido positivo o juiz singular recorra de ofício, por faltar base legal a isso, como observa o Professor CELSO A. BARBI, salientando a incompetência dos Estados-membros para legislarem sobre matéria processual.

O que se torna necessário evidenciar é que a inconstitucionalidade, como exceção, pode ser argüida, no curso de processo normal, logicamente perante qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo (nessa hipótese, a declaração exigirá a maioria absoluta), tendo efeito apenas "inter-partes". Como exceção, apenas quando a argüição for perante o S.T.F., e por este examinada e declarada, terá efeito "erga omnes" assim mesmo, somente após a suspensão da lei ou ato normativo decretada pelo Senado.²⁵

²⁴ Segundo o Prof. RAUL MACHADO HORTA, a expressão "via de exceção" é originária do direito francês, que, singularmente, não tem experiência nesse ângulo. (Sessão de seminário sobre "O controle da CONSTITUCIONALIDADE das leis no Direito Constitucional Comparado" — Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. — Março de 1972).

²⁵ No direito comparado, lembra BUZOID, citando ALLEN SMITH e AYARRAGARY, que nos Estados Unidos, como na Argentina, a decisão da Suprema Corte vincula a jurisprudência, diversamente do que ocorre no Brasil, face ao princípio do livre conhecimento e à necessidade da suspensão da execução da norma pelo Senado.

Discordamos, nesse ângulo, do entendimento esposado por LÚCIO BITTENCOURT, para quem os juizes e tribunais estão obrigados a obedecer a jurisprudência emanada dos órgãos judicantes superiores quando declarada a inconstitucionalidade (incidentalmente, evidente), considerando que o mesmo não se coaduna com os princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, fere sobretudo o princípio da livre convicção (118 C.P.C.) e não encontra ressonância na jurisprudência e na melhor doutrina. Lapidar, a respeito, a lição do Mestre



C. 3 — *Da ação direta*

Após o esboço admitido em 1934, e a efetiva adoção pela Constituição emendada de 1946, tivemos a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, cujas origens históricas poderíamos localizar no instituto da "injunção" norte-americana, sem embargo das diferenciações que contém.

Na sua evolução histórica, a partir da emenda nº 16 à Constituição de 1946 a declaração deixou de ser exclusiva como processo preliminar para a decretação da intervenção federal, para ganhar maior dimensão e ser cabível para o exame do confronto da Carta Magna com as leis e atos normativos, nos âmbitos federal e estadual.

De natureza predominantemente declaratória, no entendimento de BUZOID, BARBI e outros (em contrário, PONTES DE MIRANDA, para quem seria constitutiva), está prevista, na Constituição federal e disciplinada sobretudo no Regimento Interno do Supremo.

Com competência exclusiva para dela conhecer erigiu-se o mais alto tribunal do país, não só por sua autoridade e pelo elevado coturno jurídico dos seus integrantes, mas também pelas características daquele sodalício, responsável igualmente pelo equilíbrio do poder político no regime democrático, daí sua composição igualmente política, não obstante a independência que o caracteriza e que lhe é essencial.

Agiu com prudência o legislador ao restringir única e exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimidade na

AMÍLCAR DE CASTRO, segundo o qual a jurisprudência, mesmo uniforme e diuturna, não tem força de obrigar os juizes a segui-la. Igualmente magistral o pronunciamento de PEDBO LESSA, transcrito por LOPES DA COSTA: "Se não fosse capaz de raciocinar com os recursos da minha inteligência, recusando os ensinamentos absurdos dos mais afamados juristas dos países mais cultos do mundo, não me assentaria um só momento na cadeira de ministro deste Tribunal" (Vol. III, nº 286). Merecendo destaque, ainda, a manifestação veemente de J. AGUIAR DIAS no prefácio de "O dano moral e sua reparação" (de autoria de W. MELO DA SILVA). Sem dúvida, como recorda L. VILELA VIANA, "O juiz não está vinculado às decisões dos tribunais, mas à lei".



propositura da ação de declaração (evitando em conseqüência uma série de inconvenientes),²⁶ podendo o mesmo agir por sua própria iniciativa, ou por provocação de autoridade ou terceiros.

Não obstante a observação de PONTES DE MIRANDA, de que o Procurador-Geral tem não só competência, mas o dever, salienta TEMÍSTOCLES CAVALCANTI que a lei se omitiu quanto ao encaminhamento a seguir-se quando o Procurador-Geral não se convencer da necessidade da argüição, sobre a qual lhe representaram. A ele seria permitido "trancar" o pedido ou deveria levá-lo, com parecer, ao conhecimento do Supremo? Para a segunda hipótese inclinavam-se doutrina e Supremo.

Este, através do seu regimento interno, procurou dissipar a dúvida, no § 1º do artigo 174, transcrito retro. No entanto, não é das mais explícitas a redação, eis que a expressão "poderá" exprime uma faculdade e não um dever. Mesmo assim, quer-nos parecer que se atribuiu ao Procurador-Geral o critério de argüir a inconstitucionalidade quando a tal conduzido o seu convencimento, ou, caso contrário, "trancar" a representação que lhe foi feita, podendo, se achar por bem, encaminhá-la ao S.T.F. com parecer contrário.^{27 28}

E o § 2º vem robustecer, s.m.j., esse entendimento, ao dizer que, proposta a representação, não se admitirá desistência.

Anote-se, finalmente, que não obstante as Objeções levantadas quanto à natureza jurídica do ato-poder conferido ao

²⁶ Em alguns países a titularidade, a exemplo do que se verifica entre nós com a ação popular, não se restringe a um determinado órgão. Na Colômbia, ao que consta, os resultados têm sido satisfatórios.

²⁷ "Do arquivamento" — JOSÉ BARCELOS DE SOUZA — Belo Horizonte — 1969 — (Tese) — U.F.M.G.

²⁸ Segundo publicação no "Estado de S. Paulo", de 17-9-72, está sendo objeto de conversão em súmula o seguinte enunciado: "O Procurador-Geral da República goza de discricionariedade para encaminhar ao Supremo Tribunal Federal, com parecer favorável ou contrário, assim como arquivá-las, quaisquer representações contra a inconstitucionalidade in abstracto de leis e decretos". Tal enunciado se alicerça, inquestionavelmente, na histórica decisão do Supremo, por maioria, sobre o arquivamento de representação envolvendo o D.L. nº 1077, de 26-1-1970, que trata da censura prévia de livros ou periódicos.



Procurador-Geral da República, os textos legais vem consagrando a expressão "representação". Assim, na emenda nº 16/65 à Constituição de 1946, na Constituição de 1967, e no próprio Regimento Interno do Supremo.

C.4 — *A participação do Senado*

Relevante, como exposto, a participação do Senado no controle da CONSTITUCIONALIDADE, haja vista que a ele conferida a missão de determinar a suspensão da lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão do S.T.F., só então passando a decisão judicial a ter validade "erga omnes".²⁹

Cabe ao Supremo fazer do seu julgamento a devida comunicação ao Senado para que este determine a suspensão.

No entanto, poderá aquele órgão agir mesmo sem essa comunicação, quer por iniciativa do Procurador-Geral, de terceiros, ou mesmo "ex officio", face à publicidade que caracteriza e é indispensável às decisões judiciais no regime democrático.

Recebendo a comunicação, entretanto, estará o Senado na obrigação de dar continuidade ao processo de declaração da inconstitucionalidade, acatando a decisão do Judiciário.³⁰

Segundo entendemos, o Senado fica vinculado à decisão proferida pelo Judiciário, não podendo o mesmo atentar para

²⁹ Razão pela qual o objetivo constitucional da manifestação do Senado não se limita apenas em "tornar pública" a decisão do Supremo, como entendeu Lúcio Bittencourt.

³⁰ Deve-se registrar, nesta oportunidade, a decisão "interna corporis" proferida pelo Supremo em resolução sobre a permanência ou não de preceito regimental em face da L. 2970, de 24-11-56, que modificou a redação do art. 875 do C.P.C., de 1939. Foi a referida lei suspensa pela Res. Nº 23 do Senado, de 26-10-59, após aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, que decidira, por maioria, pela suspensão com fundamento em ofício da Presidência do Supremo, no qual constava: "apesar de não tomada em pleito e com as formalidades daí derivadas inclui-se, por extensão e significado, na previsão do art. 64 da Constituição Federal". Pela exuberância de ângulos que enseja, encaminhamos o estudioso ao seu exame, in "Diário do Congresso Nacional", Seção II, de 2-9-59, fls. 1936/1937, onde transcritos o parecer (nº. 463) e o brilhante voto vencido do Senador Attílio Vivacqua.



conveniências políticas em tal conjuntura, omitindo-se, haja vista que a lei não lhe deu essa faculdade, que seria esdruxulamente ampliadora e contraditória, levando-se em conta que o colimado foi atribuir ao Legislativo o resguardo da formalidade no processo da invalidade.

Tanto assim que, embora lhe seja defeso ingressar no mérito da decisão judicial proferida, indubitado que poderá (e mesmo deverá) examinar se concorrem no caso concreto os requisitos formais indispensáveis.

Em aval a esse entendimento, vamos encontrar a lição autorizada de BUZAJD, quando diz que "ao Senado cabe o dever de suspender a lei ou decreto. Concorrendo todos os requisitos, não pode o Senado recusar a suspensão, mesmo sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bem estar do povo ou a defesa do interesse nacional" (pois aí estaríamos regredindo ao contra-senso da Carta de 1937).

Mesmo porque, como observa PONTES DE MIRANDA, "não se trata de julgamento político, e sim de julgamento jurídico, como qualquer outro".

Por fim, tem o Senado competência para suspender leis e decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo não só na esfera federal, mas também nas demais do país, pois o contrário seria evidente contradição jurídica. Nesse sentido tem sido a interpretação da doutrina e da jurisprudência.

Não obstante isso, tem se reconhecido ³¹ que não há proibição que no âmbito estadual se estabeleçam procedimentos específicos que confirmem às assembleias legislativas suspender, no todo ou em parte, a

³¹ MÁRCIO M. GARCIA VILELA — Lemi (Legislação Mineira) nº 28 — Março de 1970 — Belo Horizonte.



execução de qualquer ato, deliberação ou julgamento declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, como se manifestou o Supremo Tribunal Federal na representação nº 96, sobre a letra "j" do artigo 21 da Constituição Paulista de 1947, e como se previu na Constituição Mineira

C.5 — *Dos Efeitos da Declaração*

Não há uniformidade, principalmente na doutrina, quer nacional, quer estrangeira, quanto aos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade. Entre nós, enquanto alguns defendem posições radicais, outros dão guarida a interpretações mais elásticas e moderadoras.³²

Para BUZATD, a lei inconstitucional é destituída de eficácia desde o seu nascedouro, não adquirindo validade em qualquer fase, haja vista que uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. A lei é inválida e absolutamente nula, "ab initio", e não apenas anulável. Reconhecida através da ação direta a inconstitucionalidade, "todas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes da sentença transitada em julgado, podem ser revistas, mediante ação rescisória".

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, por seu turno, diverge desse entendimento. Após afirmar que não se pode examinar a questão sobre o prisma da hierarquia ("pois que não pode haver hierarquia entre o que é lei e o que não é, entre o que existe e o que não existe") e doutrinar que a declaração de inconstitucionalidade, isoladamente, não implica na ineficácia da lei, mas apenas na sua não aplicação ao caso concreto, "salvo quando houver manifestação do Senado, o que importará na

³² O Supremo, em 13-9-68, relator o insigne processualista Moacir Amaral Santos, decidiu: "A suspensão da vigência da lei por inconstitucional torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o Mandado de Segurança" — Rev. Trim. de Jurisprudência — nº 55/744 — Março de 1971.



suspensão da execução da própria lei", adverte que uma colocação radical não refletiria a realidade, além de ensejar a injustiça.

Em sua excelente obra de 1949, atualizada em 1968 por J. AGUIAR DIAS, externou Lúcio BITTENCOURT que, reconhecida e declarada pelos tribunais, a inconstitucionalidade tem como consequência ou a sua revogação, ou a sua inexistência, ou a sua ineficácia.³³

A revogação verificar-se-ia quando a lei, apontada incompatível com a Constituição, já vigisse por ocasião do advento desta, enquanto a inexistência da lei ocorreria quando na sua elaboração não fossem obedecidas ou observadas as formalidades prescritas para o processo legislativo.

A ineficácia se verificaria com a recusa dos tribunais em aplicar a lei aos casos concretos submetidos a julgamento, quando a lei, posterior à Constituição e elaborada com as formalidades previstas, seria, no seu contexto, incompatível com a lei maior. Complementando o ilustre doutrinador: "A lei, assim declarada inconstitucional, não fica revogada ou nula, continua a figurar nos registros e no corpo das leis, mas os tribunais a desconhecem na apreciação dos casos concretos submetidos a seu julgamento, negam-lhe aplicação, recusando-lhe eficácia jurídica. Os juizes, como acentua PONTES DE MIRANDA, sentenciam sobre a inaplicabilidade da lei. A eficácia separada da incidência é que é apreciada". Para concluir, que a decisão transitada em julgado produz, "inter-partes" efeito "ex nunc", "tal como se a lei declarada inconstitucional jamais houvesse existido - is as though it never existed".

³³ Para Marcelo Caetano, a lei Inconstitucional pode ser declarada inexistente, nula ou simplesmente ineficaz. Quanto à inexistência, a própria Constituição prevê. Se a inconstitucionalidade é obtida por via de ação judicial ou por declaração de órgão político, teremos sua anulação. E, ocorrente a hipótese de ser a inconstitucionalidade analisada por órgãos jurisdicionais ordinários, em exceção, teremos apenas a sua não aplicação ao caso concreto, donde a ineficácia.



Por outro lado, quanto às relações jurídicas que se constituíram de boa fé sob a vigência da lei inconstitucional, já entendia também o ilustrado doutrinador que não deveriam ficar à margem de qualquer proteção, não perdendo igualmente a coisa julgada, "por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade", acrescentando que a doutrina da ineficácia "ab initio" não deve ser entendida em termos radicais, absolutos, haja vista que a norma produziu "efeitos de fato" que não podem ser afastados sumariamente apenas pela declaração judicial de inconstitucionalidade. Para concluir que o Judiciário tem encontrado e encontrará soluções adequadas a amparar tais efeitos, que o reconhecimento da inconstitucionalidade não pode cancelar.

Afirmando trazer em seu aval a doutrina e a jurisprudência dominantes, brasileira e norte-americana, MÁRCIO M. GARCIA VILELA, após salientar que, suspensa, a lei não deixa de existir, mas apenas se torna inaplicável, eis que perdida a sua eficácia, ou seja, sua força executória, conclui, a exemplo de Lúcio BITTENCOURT, que, "se a lei existe e rege as situações a que se dirige, tanto que necessário frustrar-lhe as potencialidades, suspendendo-lhe a execução, é irrecusável que ela, enquanto se manteve incólume, foi capaz de criar direitos, que deverão subsistir". Para acrescentar, com a nossa adesão, que o interesse público poderá reclamá-lo, face à necessidade de assegurar-se o princípio de certeza e da estabilidade das relações jurídicas.

C.6 - Síntese do sistema brasileiro e princípios que regem seu controle da CONSTITUCIONALIDADE

A esta altura, já se torna possível, com alicerce na legislação e sobretudo com suporte na orientação doutrinária, chegar a algumas conclusões, como denominadores comuns. Como nos propomos sintetizar a seguir.



Recebendo a influência do direito lusitano, e particularmente do direito constitucional norte-americano, acolheu o Brasil, face ao princípio do primado da constituição, o controle da CONSTITUCIONALIDADE, introduzido em nossa legislação com o advento do regime republicano, consagrado em 1891, a partir de quando veio recebendo notórias modificações, aprimorando-se até atingir o elevado estágio atual.

Adota o Brasil o controle por via dos órgãos jurisdicionais, com a peculiar participação do Senado para suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Duas são as vias de declaração previstas. Uma através de ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo, de ofício ou a requerimento de autoridade ou terceiros. Outra, como exceção, no curso de processo regular, em que outro o objeto principal, perante juízos coletivos (pela maioria absoluta) ou singulares.

Na segunda hipótese os efeitos atingirão apenas as partes no processo, no qual se exaurem. Exceto se do S.T.P. o pronunciamento, eis que, partindo desse a declaração, em qualquer das hipóteses, o Senado, tomando conhecimento e suspendendo a execução da lei ou do ato normativo declarado em desacordo com o texto constitucional, faz com que os efeitos se estendam "erga omnes".

Isto porque o Judiciário não revoga a norma inconstitucional. Apenas a declara, negando-lhe aplicação no caso concreto. Quando, porém, através do Supremo, quer em ação direta, quer como exceção, o pronunciamento desse órgão possibilita ao Senado suspender-lhe a execução, com validade "erga omnes".



Por outro lado, pode o Judiciário, nos casos submetidos a seu exame, apreciar de ofício a inconstitucionalidade, parcial ou total, conjugando-se, dessarte, os princípios da "livre convicção" e da "iniciativa das partes".

VIII - REGRAS A SEREM OBSERVADAS NO CONTROLE DA constitucionalidade

Não obstante as limitações do presente trabalho, parece-nos oportuna a transcrição das regras externadas pelo douto Temístocles Cavalcanti ³⁴ com suporte nos princípios expostos por BKANDEIS. Assim, temos:

- a) a Constituição deve ser considerada como um todo harmônico;
- b) os princípios fundamentais da Constituição devem ser apreciados em seu sentido político e programático;
- c) a evolução da conjuntura deve ser considerada na apreciação da CONSTITUCIONALIDADE;
- d) não se deve decidir contra a letra da Constituição, presumindo-se que a mesma exprime o pensamento da Constituição ;
- e) as palavras devem ser entendidas em seu sentido usual, quando não tenham sentido técnico próprio;
- f) deve-se atender a letra dos textos e aplicar os métodos comuns de interpretação, evitando a analogia;
- g) deve ser manifesta a inconstitucionalidade;
- h) deve-se presumir a CONSTITUCIONALIDADE;

³⁴ "Do Controle da Constitucionalidade" — ed. Forense — 1966 - Rio.



- i) só em caso concreto pode ser declarada;
- j) deve-se evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aplicada por longo tempo, sem contestações;
- k) pode ser declarada uma lei inconstitucional somente em parte;
- l) os juizes singulares podem apreciar a inconstitucionalidade;
- m) os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade com o "quorum" constitucional;
- n) pode ser decidida em ação meramente declaratórias;
- o) pode ser declarada em mandado de segurança.

Lúcio BITTENCOURT enumera também alguns princípios que devem nortear os tribunais quanto à apreciação da CONSTITUCIONALIDADE. Dentre eles, destacamos os que se seguem:

- p) o Juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado;
- q) não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se esta, no seu texto, não é contrária à Constituição, os tribunais não lhe podem negar eficácia;
- r) na apreciação da inconstitucionalidade, o Judiciário não se deixará influenciar pela justiça, conveniência ou oportunidade do ato do Congresso;
- s) a inconstitucionalidade é imprescritível.



IX— CONCLUSÃO

Não obstante repugnar a muitos o controle da CONSTITUCIONALIDADE por órgãos jurisdicionais, no temor de que a "judicialização da política" se transforme na "politização da Justiça", ao concluir desejamos externar a convicção de constituir o controle pelo Judiciário ³⁵ o mais perfeito até hoje idealizado para, limitando o poder dos governantes e resguardando os direitos individuais, assegurar o primado da norma constitucional, no qual se fundamentam os ordenamentos jurídicos do mundo luso-brasileiro.

³⁵ "... aucun role n'est plus élevé que celui des magistrats qui peuvent protéger la liberté humaine contre le pouvoir, contre les abus possibles du Législatif ou de l'Exécutif. Ils sont comme l'expression suprême de la conscience d'une nation" — James Beck, citado por Loureiro Júnior, in "O controle da CONSTITUCIONALIDADE das leis" — 1957. Segundo Marcelo Caetano, o sistema de garantia contra a inconstitucionalidade das leis se assenta na concepção da separação entre a atividade governativa e a função judicial, supondo nesta "real independência e a mais respeitada autoridade como expressão da soberania do Direito".

