

# DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE

1. Controle *subjetivo, formal, preventivo e posterior*

2. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, a Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, e o sistema *difuso-incidental*; a Constituição de 16 de julho de 1934 e o controle *principal*; Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, e o sistema *concentrado-principal*. 3. Leis em vigor e advento de texto constitucional; leis e atos municipais. 4. Juiz singular, Tribunal de Contas, Administração Pública e a inconstitucionalidade; presunção (i.t.) da constitucionalidade. 5. O processo no Supremo Tribunal Federal. 6. Controle *incidental* e maioria absoluta; inconstitucionalidade e ilegalidade. 7. Resoluções sobre organização judiciária e regimento interno. 8. Arguição: oportunidade, particularidades, rito e recurso extraordinário; o Senado Federal.

## 1. CONTROLE SUBJETIVO, FORMAL, PREVENTIVO E POSTERIOR

Os países, em seu ordenamento jurídico, apresentam variada gama de controle judicial da constitucionalidade, podendo-se distinguir, inicialmente seu aspecto *subjetivo e formal*, este denominado *modale por CAPPELLETTI* (1). No tipo *subjetivo* encontramos o sistema *difuso*, em que o controle é feito, indistintamente, por todos os órgãos judiciais, e o sistema *concentrado*, originário da Áustria (2), em que a verificação é privativa de determinado órgão.

No tipo *formal*, o controle pode ser *incidental* (por exceção), no curso da lide, como questão prejudicial, ou *principal* (direto ou através de ação), em que o aspecto constitucional desponta como único.

---

( 1 ) MAURO CAPPELLETTI, "Il Controllo Giudiziarlo di Costituzionalità Delle Leggi Nel Diritto Comparato", págs. 82/93.

( 2 ) A Constituição da Áustria, de 1920, criou a VERFASSUNGSGERICHTSHOF, com atribuição exclusiva e privativa para o controle da constitucionalidade.

Esclarece o citado processualista <sup>(3)</sup> que Itália e Alemanha Ocidental adotaram o sistema *concentrado*, através de Tribunal Constitucional, com atribuição específica e privativa, podendo o sistema jurídico norte-americano ser apontado como tipicamente *difuso*.

O controle da constitucionalidade, sob outro prisma, poderá ser *preventivo* ou *posterior*, aquele exercitável por órgão judicial, v.g. o direito austríaco <sup>(4)</sup> ou por órgão político <sup>(5)</sup>.

RUI BARBOSA <sup>(6)</sup> faz referência a pronunciamentos clássicos do *chief justice* BREALEY, do Supremo Tribunal de *New Jersey*, em 1780, no sentido da legitimidade da Justiça para apreciar questões de constitucionalidade.

Esclarece JAFFIN <sup>(7)</sup> que a atribuição do controle da constitucionalidade ao Judiciário decorre do direito público norte-americano.

---

( 3 ) MAURO CAPPELLETTI, "*La Pregiudizialità Costituzionale Nel Processo Civile*", págs. 4 e seguintes, com referência à Itália — artigo 23, 2º, da Lei de 11 de março de 1953:

"L' autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione, degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso."

Lei constitucional de 9 de fevereiro de 1948, I:

"La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione."

Com referência à Alemanha: Constituição de Bonn, artigo 100, 1º a Lei de 12-3-1951, §§ 13, 11 e 80/82 (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*), sobre o Tribunal Constitucional de Karlsruhe.

Do mesmo autor, "*La giurisdizione costituzionale delle libertà*", pág. 123, comentando o artigo 23 da Lei de 11 de março de 1953:

"La disposizione riproduce sostanzialmente e in parte svolge quella contenuta nell'art. I della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1..."

- ( 4 ) Como exemplo de controle judicial *preventivo*, temos o direito austríaco, em que a Constituição, em seu artigo 138, instituiu a "Alta Corte Constitucional", para pronunciamento prévio da constitucionalidade das leis, a requerimento do Governo.
- ( 5 ) O controle político preventivo da constitucionalidade surgiu na França (Constituição do ano VIII), sendo o Senado o órgão competente para tanto, sistema que sua Constituição de 1946 ainda mantém, embora não mais através do Senado.
- ( 6 ) RUI BARBOSA, "*Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*", 1893, pág. 56.
- ( 7 ) JAFFIN, "*Les Modes d'Introduction du Controle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois aux États-Unis*" (Recueil d'études en l'honneur de Lambert II, pág. 256).



No mesmo sentido, HUGHES (10): "... longe do exercício dessa autoridade ser uma usurpação judicial, a sua ausência deve ser considerada uma abdicação injusta."

A expressão "governo dos juízes", para HENRY GALLAND (11), "... possui uma outra significação. Indica o estágio a que atingiu o sistema político americano na evolução geral das sociedades. É quase trivial recordar hoje que os Estados, outrora submetidos a uma organização arbitrária, se foram racionalizando pouco a pouco; a atividade dos governantes, exercida noutros tempos com toda a liberdade, está agora sujeita ao direito. Exprime-se essa idéia, dizendo que os Estados vivem, de agora em diante, sob um regime de legalidade. Ora, parece-nos que o "governo dos juízes", tal como é praticado na América, realiza a forma mais perfeita deste regime."

Nosso direito também contempla um aspecto da verificação prévia não-jurisdicional, com a faculdade atribuída ao Presidente da República de vetar projeto de lei que se lhe afigure inconstitucional, embora possa o Legislativo rejeitar o veto (12).

O controle *posterior*, por *órgão judicial*, é o que reúne maiores vantagens práticas (13), sendo o mais freqüente nos diversos países, podendo ser por via *principal* ou *incidental* (14).

No exame *principal*, a declaração da inconstitucionalidade terá como conseqüência do decreto judicial a própria anulação da lei, que deixará de vigor, valendo a decisão *erga omnes*, enquanto o tipo *incidental* determina, apenas, que a lei argüida não se aplique à relação jurídica em litígio.

Enquanto o controle *principal*, pela grande repercussão da inconstitucionalidade quando declarada (a ação determinará a própria anulação da lei), exigirá pronunciamento do mais alto Tribunal ou de Corte especialmente designada pela Constituição, notamos que, no sistema *incidental* (15), uma vez que a declaração da incons-

---

( 10) HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, pág. 78.

( 11) HENRI GALLAND, "Le Controle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois aux États-Unis", pág. 25.

( 12) Constituição de 1937, artigo 66, §§ 1º e 3º; Constituição de 1946, artigo 70, §§ 1º e 3º; Constituição de 1967, artigo 62, §§ 1º e 3º; Emenda Constitucional nº 1, art. 59, §§ 1º e 3º.

( 13) Os magistrados têm grande prática de julgar, são institucionalmente independentes, os efeitos da lei auxiliam o exame do problema e o processo judicial permite circunstanciada análise.

( 14) Adotaram o primeiro sistema (*principal*) Colômbia em 1886, Venezuela em 1931 e Cuba em 1934 e o segundo sistema (*incidental*) Tchecoslováquia em 1920, Constituição Austríaca de 1920 (a Constituição da Áustria de 1920 criou a VERFASSUNGSGERICHTSHOF), Itália em 1947 e Alemanha em 1949.

( 15) O sistema *incidental* decorreu de jurisprudência norte-americana, particularmente do caso julgado pela Suprema Corte em 1803 (caso, MARBURY V. HADISON), onde o juiz MARSHALL estruturou o instituto.

LAMBERT <sup>(8)</sup> nos dá notícia do receio de que o acúmulo de poderes atribuídos aos tribunais determinasse o chamado "governo dos juízes":

"Le système de gouvernement, qui est sorti aux États-Unis de l'association de plus en plus étroite des tribunaux à la direction de la marche de la législation, a été qualifié gouverner par le judiciaire, *Government by judiciary*: C'est le titre d'une remarquable étude de droit constitutionnel publiée en 1911 dans l'organe peut être le plus réputé de la science politique américaine. En 1912 un livre de propagande en faveur du retour à l'indépendance du pouvoir législatif était intitulé: *Our judicial oligarchy*. Titre de combat. Mais l'auteur s'accordait au fond sur la définition à donner au régime qu'il combattait avec un loyal défenseur de ce régime, le professor BURGESS, qui déclarait que l'on ne doit pas hésiter à appeler le système gouvernemental des États-Unis *l'aristocratie de la robe*. Oligarchie judiciaire ou aristocratie de la robe, c'est toujours la même idée présentée, tantôt sur le ton de la critique, tantôt sur celui de l'apologétique."

Os juristas norte-americanos de então, através de publicação no *Federalist* justificaram as funções do Judiciário <sup>(9)</sup>.

---

( 8 ) LAMBERT, "Le Gouvernement des Juges", pág. 8.

( 9 ) *Federalist*, nº 78. Relativamente à competência de os tribunais declararem nulos os atos legislativos, quando contrários à Constituição, surgiu alguma perplexidade, imaginando-se que a doutrina implicaria a superioridade do judiciário em face do legislativo. Alegou-se que a autoridade, que pode declarar vãos os atos de outra, devia necessariamente ser superior àquela... Como essa doutrina é de grande importância em todas as constituições americanas, uma breve discussão sobre o fundamento em que repousa não é despendida. É absolutamente claro e incontroverso que qualquer ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato, é nulo. Nenhum ato legislativo, contrário à Constituição, pode ser, portanto, válido. Negá-lo equivaleria afirmar que o mandatário é superior ao mandante; que o criado está acima do senhor; que os representantes do povo se sobrepõem ao próprio povo; e que os homens que agem em virtude de determinados poderes fazem não só o que seus poderes não autorizam, senão também o que probem... Cabe aos tribunais, por função própria e peculiar, interpretar as leis. Uma Constituição é de fato a lei magna e assim deve ser considerada pelos juízes. Compete-lhes fixar o seu sentido, assim como a significação de qualquer lei emanada do corpo legislativo. Ocorrendo discrepância inconciliável entre elas, deve ser naturalmente preferida a lei dotada de força obrigatória e validade superior; ou, em outras palavras, a Constituição deve ser preferida à lei, do mesmo modo que a intenção do povo à de seus representantes. Esta conclusão não supõe, de forma alguma, a supremacia do judiciário sobre o poder legislativo."



No mesmo sentido, HUGHES (10): "... longe do exercício dessa autoridade ser uma usurpação judicial, a sua ausência deve ser considerada uma abdicação injusta."

A expressão "governo dos juizes", para HENRY GALLAND (11), "... possui uma outra significação. Indica o estágio a que atingiu o sistema político americano na evolução geral das sociedades. É quase trivial recordar hoje que os Estados, outrora submetidos a uma organização arbitrária, se foram racionalizando pouco a pouco; a atividade dos governantes, exercida noutros tempos com toda a liberdade, está agora sujeita ao direito. Exprime-se essa idéia, dizendo que os Estados vivem, de agora em diante, sob um regime de legalidade. Ora, parece-nos que o "governo dos juizes", tal como é praticado na América, realiza a forma mais perfeita deste regime."

Nosso direito também contempla um aspecto da verificação prévia não-jurisdicional, com a faculdade atribuída ao Presidente da República de vetar projeto de lei que se lhe afigure inconstitucional, embora possa o Legislativo rejeitar o veto (12).

O controle *posterior*, por *órgão judicial*, é o que reúne maiores vantagens práticas (13), sendo o mais freqüente nos diversos países, podendo ser por via *principal* ou *incidental* (14).

No exame *principal*, a declaração da inconstitucionalidade terá como conseqüência do decreto judicial a própria anulação da lei, que deixará de vigor, valendo a decisão *erga omnes*, enquanto o tipo *incidental* determina, apenas, que a lei argüida não se aplique à relação jurídica em litígio.

Enquanto o controle *principal*, pela grande repercussão da inconstitucionalidade quando declarada (a ação determinará a própria anulação da lei), exigirá pronunciamento do mais alto Tribunal ou de Corte especialmente designada pela Constituição, notamos que, no sistema *incidental* (15), uma vez que a declaração da incons-

---

( 10) HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, pág. 78.

( 11) HENRI GALLAND, "*Le Controle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois aux États-Unis*", pág. 25.

( 12) Constituição de 1937, artigo 66, §§ 1º e 3º; Constituição de 1946, artigo 70, §§ 1º e 3º; Constituição de 1967, artigo 62, §§ 1º e 3º; Emenda Constitucional nº 1, art. 59, §§ 1º e 3º.

( 13) Os magistrados têm grande prática de julgar, são institucionalmente independentes, os efeitos da lei auxiliam o exame do problema e o processo judicial permite circunstanciada análise.

( 14) Adotaram o primeiro sistema (*principal*) Colômbia em 1886, Venezuela em 1931 e Cuba em 1934 e o segundo sistema (*incidental*) Tchecoslováquia em 1920, Constituição Austríaca de 1920 (a Constituição da Áustria de 1920 criou a VERFASSUNGSGERICHTSHOF), Itália em 1947 e Alemanha em 1949.

( 15) O sistema *incidental* decorreu de jurisprudência norte-americana, particularmente do caso julgado pela Suprema Corte em 1803 (caso, MARBURY V. HADISON), onde o juiz MARSHALL estruturou o instituto.

titucionalidade produzirá efeito, unicamente, entre as partes litigantes, a questão poderá ter por foro qualquer tribunal ou mesmo juiz singular, porque é lícito ao magistrado deixar de aplicar lei que considere inconstitucional.

O sistema *incidental*, como esclarece G. BURDEAU (16), foi introduzido através da jurisprudência no Canadá, Grécia e Austrália, decorrendo de dispositivo constitucional na Irlanda (1937), Japão (1946), Portugal (1911/1913) e Brasil (1891).

Segundo WILLOUGHBY, defensor do sistema incidental, "os tribunais somente deveriam declarar inconstitucionalidade de lei em processos levados ao seu conhecimento em virtude de provocação das partes, cujos interesses concretos sejam por esses meios discutidos" (17), aduzindo BLACK que "semelhante declaração (de inconstitucionalidade) fora não só imprudente, mas também ilegítima, se dispensável para o efeito de decidir com acerto" (18).

## 2. A CONSTITUIÇÃO DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891, A LEI N.º 221, DE 20 DE 1894, E O SISTEMA DIFUSO-INCIDENTAL; A CONSTITUIÇÃO DE 16 DE JULHO DE 1934 E O CONTROLE PRINCIPAL; EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1965, E O SISTEMA CONCENTRADO-PRINCIPAL.

No Brasil, o controle preciso da constitucionalidade somente foi atribuído ao Judiciário com a Constituição de 1891, implantado, então, o sistema difuso-incidental (19), salientando ALIOMAR BALEEIRO (20):

"Devia ser algo de revolucionário a propectos juizes de instituições áulicas a idéia de declararem inconstitucionais as leis, negando-lhes a eficácia no caso concreto trazido a seu julgamento ou anulando atos do Legislativo e do Executivo."

---

( 16 ) G. BURDEAU, "Traité de Science Politique", livro III, págs. 368/369.

( 17 ) WILLOUGHBY, *The Const. Law of the United States*", § 6º, nº 3.

( 18 ) BLACK, *Const. Law*, nº 36.

( 19 ) *Difuso-Incidental*, segundo a Constituição de 1891, artigo 59, § 1º "b"  
"Ao Supremo Tribunal Federal compete:... Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou leis impugnadas.  
V. LUCIO BITTENCOURT, "O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis", págs. 118/119 e LOUREIRO JÚNIOR, "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", págs. 118/119.

( 20 ) ALIOMAR BALEEIRO, "O Supremo Tribunal Federal", pág. 82.



Também a Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, complementando a organização judiciária federal, registrava o controle *incidental*, em seu artigo 13, § 10 (2ºa).

Na referida Lei n.º 221, encontramos, nos artigos 35 e 38, o embrião do controle *principal* somente consagrado, no Brasil, em 26 de novembro de 1965, com a Emenda Constitucional n.º 16 (2º b).

Nesse interregno, o instituto do *habeas-corporis* começou a ter seu uso excessivamente desvirtuado, e, fixando a Reforma Constitucional de 1926 sua aplicação, unicamente, à liberdade de locomoção, explica ALFREDO BUZUID (21) que nossa legislação:

“ia entrar, depois de 1931, num período de intensa re-elaboração legislativa, não só atualizando as suas instituições políticas, mas também procurando abrir novo horizonte no domínio do direito constitucional. Realizou este notável progresso, instituindo, em primeiro lugar, o mandado de segurança e, depois, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade. O primeiro tende à proteção de direitos individuais; a segunda, à proteção da Constituição. O primeiro está impregnado ainda do acentuado individualismo jurídico do século XIX, a segunda é uma legítima conquista da política contemporânea de racionalização”

---

(20-A) Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 10:

“Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

(20-B) Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, arts. 35 e 38:

“Art. 35. Também pertencem aos procuradores seccionaes as seguintes atribuições:  
.....

§ 3º Representar às competentes autoridades superiores do Estado ou do Distrito Federal contra os actos das inferiores, que importarem violação da Constituição, lei ou tratado federal, opposição às sentenças federaes, ou denegação de sua devida execução”.

“Art. 38. Ao procurador geral da República, além das mais attribuições que lhe confere o Decreto nº 848, compete:

§ 3º. Representar aos poderes públicos o que entender a bem da fiel observância da Constituição, leis e tratados federaes.”

(21) ALFREDO BUZUID, in “Revista de Direito Processual Civil”, São Paulo, vol. 5, pág. 123.

zação do poder. Esta é a defesa direta, aquela, defesa indireta da Constituição. Cada qual, partindo de pontos distintos, concorre para um objetivo comum: a tutela da ordem jurídica constitucional."

Anteriormente, no Brasil-Colônia, à inexistência de Constituição, nossa atividade judiciária tinha por órgão de cúpula a Casa de Suplicação <sup>(22)</sup>, com jurisdição sobre os Tribunais das Capitanias.

Com o Projeto de 1823 a constitucionalidade começou a ter seus contornos delineados, *ut* artigos 265/169 <sup>(22a)</sup>.

Verificamos, pois, que quase concomitantemente à declaração de MARSHALL <sup>(23)</sup>, já se registrava, no Brasil, que as leis contrárias à Constituição seriam sem valia.

Na Constituição de Cadiz, que inspirou a Constituição de Portugal, de 1822, bem como a brasileira de 1824, e com vigência efêmera entre nós, o controle da constitucionalidade era aflorado em seus artigos 372/373 <sup>(23-a)</sup>.

Não obstante o ensaio epigrafado, assinala AFONSO ARINOS, quanto à Constituição de 1824 <sup>(24)</sup>:

"Mas a verdade é que a principal função política do Judiciário, que é a defesa da Constituição em face do Poder Legislativo, por meio da revisão da constitucionalidade

---

(22) Casa da Suplicação, criada pelo Alvará de 10 de maio de 1808: "será considerada como Superior Tribunal de Justiça para nele se findarem todos os pleitos, por maior que seja o valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possam interpor outro recurso que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas minhas ordenações. Todos os agravos ordinários e apelações do Pará, Maranhão, Ilha dos Açores e Madelra, e da Relação da Bahia, os quais se interpunham para a Casa de Suplicação de Lisboa serão daqui por diante interpostos para a do Brasil".

(22-A) Projeto de 1823: "Art. 266. Todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente constituição, são de nenhum vigor."  
"Art. 267. É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais."  
"Art. 268. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado pelos legislativos ordinários, concordando dous terços de cada uma das salas."

(23) Declaração de Marshall de 1803.

(23-A) Constituição de CADIZ, arts. 372/373: "Art. 372. As cortes em suas primeiras sessões tomarão em consideração as infrações da constituição, que lhes tiverem sido presentes, para lhes dar o conveniente remédio, e fazer effectiva a responsabilidade dos que tiverem contravindo a ella."  
"Art. 373. Todo o hespanhol tem direito de representar às cortes ou a el-rei para reclamar a observância da constituição."

(24) AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO, "Curso de Direito Constitucional Brasileiro", vol. I, pág. 38.



das leis, o Judiciário imperial não a possuía. E isto apesar dos encômios de Pimenta Bueno, tirava muito da força política do Judiciário do Império, força que só lhe veio a ser atribuída pela República, que adotou plenamente o princípio norte-americano, como veremos adiante."

A Constituição Provisória de 1890 e o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890 (25), também facultaram ao Judiciário o exame da constitucionalidade.

A Constituição de 1934, porém, introduziu relevantes elementos, como o salutar dispositivo que exigia a maioria da totalidade dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade, superada, assim, a indesejável possibilidade de instabilidade das decisões decorrentes de pequenas maiorias ocasionais (26).

Pôde a Constituição de 1934, em seu artigo 91, IV, por outro lado, trazer as bases para o controle *principal* ou *direto*, superando o que ocorria: comumente a Suprema Corte declarava a inconstitucionalidade de uma lei, mas os juízes e Tribunais continuavam a aplicá-la, pois, entre nós, inexiste a vinculação observada nos países da "common law", dos órgãos da Justiça à Jurisprudência do Pretório Excelso.

Acresce que, pelo sistema *incidental*, a declaração de inconstitucionalidade vale, apenas, entre as partes, e, com a solução encontrada no citado artigo 91, IV, deu-se valia *erga omnes* à solução (embora da Corte Suprema) que valeria *inter partes*, além da habilidade

---

(25 ) Constituição provisória de 1890, artigo 58, § 1.º, "a" e "b", onde entre as atribuições do Supremo Tribunal Federal, incluiu-se a de velar pela constitucionalidade das leis. Igual disposição encontramos no Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, artigo 3º e artigo 9º, § 1º. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 8 de agosto de 1891, reproduziu o disposto na Constituição de 1891, artigo 58, § 1º, (artigo 15, § 2º) e a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, em seu artigo 10, § 10 referiu-se à "inconstitucionalidade manifesta": "Os juízes e Tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais."

(26 ) Constituição de 16 de julho de 1934, artigo 179: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público."

de procurar não ferir o equilíbrio dos Poderes: a suspensão dos efeitos de uma lei, através do Senado, continuou na órbita do Legislativo (27 e 28).

Também em seu artigo 12 a Constituição de 1934 aproximou-se do controle *principal*: para que pudesse haver intervenção federal no Estado que se tivesse afastado dos limites fixados em seu artigo 7.º, o Supremo Tribunal Federal, antes, deveria ter declarado a in-

---

(27) O artigo 91, IV, da Constituição de 16 de julho de 1934 deu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo poder Judiciário: "Compete ao Senado Federal... suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo poder Judiciário."

(28) Ainda sobre o assunto, v. "*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*", vol. 15, págs. 26/27: "Se é essa a situação jurídica da lei inconstitucional, claro está que ao Poder Judiciário deve caber o direito de declarar a inconstitucionalidade da lei, negando-lhe eficácia, pois a esse Poder cabe, na distribuição das atribuições constitucionais, julgar todas as questões nascidas da Constituição, cabendo-lhe consequentemente, como observa COUNTRYMAN, a partilha dos poderes, ao mesmo tempo que exercita um poder resultante da hierarquia das leis, qual o poder de declarar a inconstitucionalidade.

E do nosso regime que todos os poderes da soberania se acham confiados a órgãos distintos e independentes, cada qual com a sua esfera de ação delimitada na própria Constituição Federal, para que se mantenha a harmonia entre eles, essencial à vida normal das instituições.

Conferir ao Poder Judiciário essa atribuição não importa em quebrar a harmonia dos poderes constitucionais. Traduz apenas a precaução para que prevaleça sempre a vontade da Nação, expressa no texto constitucional. Não se institui a supremacia do Poder Judiciário; a ele se confere apenas o poder de decidir toda e qualquer questão em que se alegue desrespeito à Constituição, a cuja observância, afinal, estão adstritos todos os poderes constitucionais no exercício independente e amplo das suas atribuições.

A jurisprudência americana explica satisfatoriamente a verdadeira situação, ao esclarecer que no exercício de tão elevada missão não fica instituída a supremacia judiciária, fazendo-se apenas dos juízes meros executores da vontade do povo, se um ato legislativo é havido por ineficaz, não é porque caiba aos juízes supremacia sobre o Legislativo, mas unicamente, por porque a vontade do povo, expressa na Constituição, sobreleva à que seus representantes trazem nas outras leis e decretos legislativos (Cfr. COOLEY, *Const. lmit.* n.º 159)."

"Ou como disse HAMILTON: se o juiz depara uma contribuição entre uma lei ordinária e a Constituição, terá de optar pela Constituição, como expressão superior da vontade do povo. Semelhante conclusão não envolve superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, significando unicamente que o poder do povo é superior a ambos, e, que, quando a vontade dele é expressa pela legislação em conflito com a declarada na Constituição, é a esta e não àquela que o juiz deve obediência (*The Federalist*, pág. 585).

Se é verdade que, não só o Poder Judiciário, mas igualmente o Executivo e o Legislativo são competentes para interpretar os textos constitucionais, com idêntica autoridade, cada um na sua esfera de ação, aquele interpretando para poder aplicar a lei e este para poder fazê-la, não menos verdade é que a interpretação do Poder Judiciário deve prevalecer, sendo sua decisão absoluta e irrevogavelmente definitiva."



constitucionalidade da lei estadual respectiva, através de representação do Procurador-Geral da República (29).

Não era, ainda, o controle *principal* típico, porém, inegavelmente, dele muito se aproximava.

A Constituição de 1934 criou o Mandado de Segurança, inclusive para reparar ato manifestamente inconstitucional (30), e o largo emprego do *writ*, por sua eficácia, deu aos tribunais a possibilidade da familiarização com o trato de problemas constitucionais, com conseqüente aprimoramento do controle da constitucionalidade.

A constituição de 1937 manteve dispositivos referentes (31), porém suprimiu de sua órbita o Mandado de Segurança.

---

( 29 ) Constituição de 16 de julho de 1934, artigo 79: "Compete privativamente aos Estados:

I decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e coordenação de poderes;
- c) temporariedade das funções electivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federaes correspondentes, e prohibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período immediato;
- d) autonomia dos Municípios;
- e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
- f) prestação de contas da administração;
- g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
- h) representação das profissões.

Art. 12: "A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

... V) — para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras "a" a "h" do art. 7º, nº I, ... § 2º. Ocorrendo o primeiro caso do nº V a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade".

( 30 ) Constituição de 16 de julho de 1934, artigo 113, 33:

"Dar-se-á Mandado de Segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas-corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O Mandado não prejudica as ações petítórias competentes."

( 31 ) Constituição de 10 de novembro de 1937, artigo 101, III, "b" e "c": "Ao Supremo Tribunal Federal compete julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais, em única ou última instância, quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada; quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado."

O Código de Processo Civil de 1939 determinou, em seu artigo 319, que não seria permitido o *writ* contra ato de Presidente da República, de Ministro de Estado, Governador e Interventor, com o que o controle da constitucionalidade, através desse remédio, teve seu ritmo enfraquecido (32).

Com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que modificou a Constituição de 18 de setembro de 1946 (33) foi, finalmente, introduzido o sistema *concentrado-principal* no Brasil.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, contém o louvável determinação de que "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público", o que afasta a possibilidade de decisões contraditórias, ao sabor de maiorias ocasionais (34).

O princípio já constava da Constituição de 1946 e, com alterações, integrava nossas demais Cartas, à exceção de 1824 e 1891 (35).

### 3. LEIS EM VIGOR E ADVENTO DE TEXTO CONSTITUCIONAL; LEIS E ATOS MUNICIPAIS.

Sustentou-se que, na antiga França, as leis anteriores estariam revogadas se o texto constitucional não as mantivesse em vigor,

---

( 32) Constituição de 18 de setembro de 1946, em seu artigo 141, § 24, restituiu ao m.s. sua colocação constitucional e seu emprego" . . . , seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder."

( 33) A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, modificou o artigo 101, I da Constituição de 18 de setembro de 1946, passando o inciso "K" a vigorar com a seguinte redação: "a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República": Anteriormente, a Lei nº 2271, de 22 de julho de 1954 e a Lei nº 4.337, de 1 de junho de 1964, prestaram relevante contribuição quanto à representação perante o Pretório Excelso, referente à lei estadual.

( 34) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 116.

( 35) Constituições de 25 de março de 1824 e de 24 de fevereiro de 1891, omissas. Constituição de 18 de julho de 1934, art. 179: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público."

Anteprojeto da Constituição de 1934, art. 57, § 1º: dois terços. Constituição de 10 de novembro de 1937, art. 96: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República". Constituição de 18 de setembro de 1946, artigo 200 e Constituição de 24 de janeiro de 1967, art. 111: redação idêntica à constante do art. 116 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.



suposição aparentemente corroborada pelo artigo 56 da Constituição de 14 de janeiro de 1852, mas a doutrina demonstrou a fragilidade da tese (36).

Nossa Constituição de 1891, em seu artigo 83, a exemplo da Constituição de França de 1852, também ressaltou a vigência das leis anteriores (37), aduzindo PONTES DE MIRANDA (38):

“(a) O princípio do art. 83 da Constituição de 1891 passou à Constituição de 1934, art. 187, e à de 1937, art. 183. É o princípio da continuidade da vida jurídica, salvo onde se chocaria tal continuidade com as regras jurídicas da nova Constituição (discordância principal ou de regras jurídicas explícitas).

Os escritores costumam ligar tal normalidade da continuação das leis em vigor à perpetuidade e continuidade do Estado, como se fosse essencial ao Estado revogar, aos poucos, e não de só uma vez, as suas leis. Tudo se passa dentro do direito interno, sem que atinja a personalidade do Estado. Se, com a nova Constituição, forem inconciliáveis, implícita ou explicitamente, todas as regras jurídicas, escritas ou não, do direito anterior, todas elas deixarão de vigorar no instante mesmo em que se iniciou a vigência da nova Constituição.

(b) O art. 111 nada tem com as leis anteriores, ou também elas, para serem tidas como inconstitucionais, precisam da maioria a que se refere o art. 111?

A regra jurídica especial de *direito intertemporal* existe, ainda que só implicitamente; a de apreciação da inconstitucionalidade é a do art. 111. Aquela, relativa à incidência das leis; essa, ao modo de se decidir sobre a inconstitucionalidade: diz respeito, tratando-se de fundo, portanto, à *data do julgamento*. Em consequência, se uma lei feita sob a Constituição de 1891, ou sob a Constituição

---

( 36) L. de CHÉNIER: "... celles qui ne sont pas abrogées subsistent par le fait sans qu'il soit besoin d'aucune déclaration."

PRIEUR: "La conservation provisoire des autorités et des lois actuellement existentes est sans doute de droit; mais il faut garantir les départements des inductions que des agitateurs pourraient tirer du silence de la Constitution", *apud* — PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967", vol. III, pág. 569.

( 37) Constituição de 24 de fevereiro de 1891, artigo 83: "Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que explícita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados."

( 38) PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967," vol. III, págs. 569/570.

de 1934, ou sob a de 1937, ou sob a de 1946, era inconstitucional, pergunta-se à Constituição, vigente quando ela se fez, se *valla*; se, feita sob a Constituição de 1891 e constitucionalmente válida, atravessou o período de 16 de julho de 1934 a 9 de novembro de 1937, responde a Constituição de 1934; se não o atravessou, foi revogada, ou derogada, e não revive com a Constituição de 1937; se o atravessou, tem-se de saber se, com a de 10 de novembro de 1937, ficou revogada, ou não; se veio até 17 de setembro de 1946, indaga-se se poderia ser feita (*fundo*) e se podia incidir depois de 18 de setembro; se veio até 15 de março de 1967, é de inquirir-se se poderia ser feita e se poderia incidir a partir de 15 de março.

Se se trata de lei feita sob a Constituição de 1967, essa Constituição é que decide sobre ser, ou não, *válida*.

Quando a incidência é sob a Constituição nova, essa é que responde se vale, quanto ao *fundo*, a regra jurídica."

Com a Emenda Constitucional n.º 16, aos Tribunais dos Estados ficou reservada a declaração da inconstitucionalidade, por via *principal ou direta*, de leis e atos dos Municípios, ante a Constituição Estadual (39).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, mantiveram os dispositivos pertinentes ao controle, à exceção do facultado aos Tribunais locais, com referência a leis e atos do Município conflitantes com a respectiva Constituição (40).

---

( 39) Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, artigo 19, que acrescentou o inciso XIII ao artigo 124 da Constituição de 18 de setembro de 1946: "XIII — a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição do Estado".

( 40) Constituição de 24 de janeiro de 1967, artigo 114, I, "1": "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."

Artigo 114, III, "a", "b" e "c" — Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, pelos tribunais ou juízes, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de Constituição". Idêntica a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 119, I, "1" e III, "a", "b" e "e".



O controle *principal* de constitucionalidade de atos e leis *municipais*, entretanto, se não solucionado expressamente pela Constituição de 1967 (e por sua Emenda n.º 1), o foi implicitamente, ao facultar à Constituição de cada Estado inteira liberdade de dispor, desde que não colida com a Carta Magna Federal (41).

( 41) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969:

"Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

- I — Os mencionados no item VII do artigo 10;
  - II — a forma de investidura nos cargos eletivos;
  - III — o processo legislativo;
  - IV — a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e a financeira, inclusive a da aplicação dos recursos recebidos da União e atribuído aos municípios;
  - V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal;
  - VI — a proibição de pagar, a qualquer título, a deputados estaduais mais de dois terços dos subsídios e da ajuda de custo atribuídos em lei aos deputados federais, bem como de remunerar mais de oito sessões extraordinárias mensais;
  - VII — a emissão de títulos da dívida pública, de acordo com o estabelecido nesta Constituição;
  - VIII — a aplicação aos deputados estaduais do disposto no artigo 35 e seus parágrafos, no que couber; e
  - IX — a aplicação, no que couber, do disposto nos Itens I a III do artigo 114 aos membros dos Tribunais de Contas, não podendo o seu número ser superior a sete.
- § 1º Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.

Art. 10: "VII — exigir a observância dos seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) temporariedade dos mandatos eletivos cuja duração não excederá a dos mandatos federais correspondentes;
- c) independência e harmonia dos Poderes;
- d) garantias do Poder Judiciário;
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da administração; e
- g) proibição ao deputado estadual da prática de ato ou do exercício de cargo, função ou emprego mencionados nos itens I e II do artigo 34, salvo a função de Secretário de Estado."

Art. 119. "Compete ao Supremo Tribunal Federal: I — processar e julgar, originariamente:

- l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;
- III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:
  - a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
  - c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;"

Constituição de 24 de janeiro de 1967, arts. 13, I/VII, § 1º, e art. 114, I, "I" e III, "a"/"c": Idênticos dispositivos.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, v. g., atribuiu ao Pleno do Tribunal de Justiça competência para processar e julgar, originariamente, "as representações sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal" (42), e, através de Resolução (43), essa Corte estabeleceu particularidades locais para o controle, por via quer *incidental* quer *principal* (44).

---

( 42) Constituição do Estado do Rio de Janeiro, promulgada em 23 de julho de 1976: Art. 112 — "Compete ao Tribunal de Justiça: VIII — processar e julgar, originariamente: f) as representações sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal."

( 43) Resolução nº 1, de 21 de março de 1975, do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro — Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro:

"Do Tribunal de Justiça. Do Tribunal Pleno. Art. 24 — Ao Tribunal Pleno compete: I — declarar, pelo voto de maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, nos casos de sua competência e nos que, para esse fim, lhe forem remetidos pelos demais órgãos julgadores do Tribunal (Constituição da República, art. 116)."

"Das disposições comuns aos Tribunais de Alçada. Dos Tribunais Plenos. Art. 57 — Ao Tribunal Pleno dos três (3) Tribunais de Alçada compete: I — declarar pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público nos casos de sua competência e nos que, para esse fim, lhe forem remetidos pelos demais órgãos julgadores do Tribunal (Constituição da República, art. 116)."

( 44) Resolução nº 2, de 26 de outubro de 1975, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro):

#### "DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 100 — Se, perante qualquer dos órgãos do Tribunal, for argüida, de ofício ou por algum interessado, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, proceder-se-á conforme o disposto na lei processual civil.

Art. 101 — Se a argüição for suscitada no Tribunal Pleno, este a julgará desde logo se houver *quorum* e parecer da Procuradoria-Geral da Justiça sobre a matéria constitucional.

Art. 102 — No Tribunal Pleno, o julgamento da argüição, quer nele suscitada, quer remetida pelo órgão onde o houver sido, far-se-á com a presença mínima de vinte e cinco (25) desembargadores, inclusive o Presidente.

Art. 103 — Se a argüição for acolhida por dezenove (19) votos, pelo menos, a inconstitucionalidade ficará definitivamente declarada; não alcançado o *quorum*, considerar-se-á rejeitada.



Art. 104 — A decisão que declarar ou rejeitar a inconstitucionalidade, se for proferida por vinte e quatro (24) ou mais votos, ou reiterada em mais duas sessões, será de aplicação obrigatória para todos os órgãos do Tribunal, salvo se qualquer deles, por motivo relevante, achar conveniente novo pronunciamento do Tribunal Federal, tratando-se da Constituição da República, ou do próprio Tribunal, quando se tratar da Constituição do Estado.

§ 1º — Nas hipóteses previstas neste artigo, enviar-se-á cópia da decisão aos demais órgãos julgadores, ao Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, à Revista de Jurisprudência de Tribunal e, se se tratar de lei ou ato normativo municipal, à Assembléia Legislativa, para o fim previsto no art. 35, XXIV, da Constituição do Estado.

§ 2º — Se houver nova aguição, caberá ao respectivo relator indeferir-lhe o processamento e ordenar a devolução dos autos a órgão de origem, se for o caso, cabendo do despacho agravo em mesa.

### Capítulo III

#### DA REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 105 — A representação, pelo Procurador-Geral da Justiça, por inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, será dirigida ao Presidente do Tribunal em duas vias, instruída a segunda com cópia da documentação anexa à primeira (art. 112).

Art. 106 — O relator determinará

a) a notificação da autoridade responsável, para que preste informações em vinte (20) dias, remetendo-lhe a segunda via da representação e cópias dos documentos a ela anexados;

b) a suspensão do ato impugnado, se manifesta a conveniência, por motivo relevante de ordem pública, justificando a medida.

Art. 107 — Recebidas as informações, sobre elas será ouvido o Procurador-Geral da Justiça, no prazo de dez (10) dias.

Art. 108 — Com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça sobre as informações, ou, se estas não forem prestadas, decorrido o prazo para prestá-las, o relator fará nos autos, no prazo de dez (10) dias, o seu relatório, do qual a Secretaria remeterá cópias aos demais julgadores, incluindo-se, a seguir, o processo em pauta.

Art. 109 — No julgamento após o relatório, facultar-se-á a cada parte a sustentação oral de suas razões, durante quinze (15) minutos, seguindo-se a votação, com observância, no que couber, do disposto no Capítulo II deste Título.

Art. 110 — A decisão que declarar a inconstitucionalidade será imediatamente comunicada, pelo Presidente do Tribunal, aos órgãos interessados.

Parágrafo único. Publicado o acórdão, o Presidente do Tribunal enviará cópias de seu inteiro teor à Assembléia Legislativa."

Já BARBALHO, procurando resolver a então caótica questão da competência, disciplinava: "quando a ação ou defesa fundar-se em disposição constitucional que haja sido violada por ato legislativo ou executivo do poder federal, a competência é das justiças da União. Quando se fundar em disposição constitucional que haja sido violada por ato do poder legislativo ou executivo dos poderes dos Estados, a competência é das justiças estaduais, com recurso para o Supremo Tribunal" (45).

#### 4. JUIZ SINGULAR, TRIBUNAL DE CONTAS, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A INCONSTITUCIONALIDADE; PRESUNÇÃO. (I.T.) DA CONSTITUCIONALIDADE.

Quanto à competência do juiz singular para declarar a inconstitucionalidade, CARLOS MAXIMILIANO, com a habitual lucidez, coloca a questão em seus devidos lugares, discernindo: "das palavras transcritas já se infere que o artigo 200 resolve, apenas, uma questão relativa ao *quorum* para o julgamento; não colima fixar competência. O preceito exarado no Estatuto brasileiro não é novo; abroilhou na prática norte-americana, que impôs a exigência da maioria absoluta; foi além, reclamou o comparecimento *de todos* os membros do pretório julgador da inconstitucionalidade (*the full bench*). Por aí já resulta claro que trata de questão de *quorum*, não de *competência* (*omissis*). A inconstitucionalidade pode e deve ser declarada logo na primeira instância" (46).

Também EDUARDO ESPÍNOLA trouxe valioso subsídio: "é inquestionável que *qualquer* juiz ou Tribunal pode negar aplicação a uma lei, inconstitucional, mas a declaração de inconstitucionalidade, que fulmina a lei, no regime da Constituição, como também acontecia em 1934, é a do Supremo Tribunal" (47).

---

( 45) BARBALHO, "Comentários," págs. 249 e 150.

( 46) CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira," 1946, vol. III, pág. 265, nº 636.

( 47) EDUARDO ESPÍNOLA, "A Nova Constituição", 1947, pág. 347. Note-se que, à luz da declaração de inconstitucionalidade, via *principal*, de atos e leis municipais, *m. m.*, poderia o autor ter feito referência aos Tribunais locais, pois a Emenda Constitucional nº 16, que acrescentou o inciso XIII ao artigo 124 da Constituição de 18 de setembro de 1946 (silentes no particular, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969) determinava: "XIII — a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição do Estado."



Segundo JOSÉ DUARTE <sup>(48)</sup>, foi apresentada emenda ao artigo 200 da Constituição de 1946 facultando, expressamente, ao juiz singular a declaração de inconstitucionalidade.

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, não obstante com entendimento contrário, registra (49):

"3. Temos, porém, de reconhecer que a jurisprudência, quer durante a Constituição de 1934, quer durante o Ato de 1937, se mostrou favorável à competência dos juízes singulares para declarar a inconstitucionalidade das leis. Interessante observar que, segundo os repositórios acusam, os próprios juízes singulares opunham resistência ao uso por eles mesmos daquela prerrogativa, declarando-se incompetentes e remetendo os autos ao Tribunal de Apelação respectivo, que, por acórdãos de composição plena, deliberavam a favor da competência, devolvendo o processo ao magistrado de primeira instância. Vejam-se, a propósito, as seguintes decisões: sentença do juiz MARTINS DE OLIVEIRA, da comarca de Patrocínio, Minas Gerais, de 22 de outubro de 1934, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 65, pág. 170; acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 10 de março de 1937 *in* "REVISTA FORENSE", vol. 70, pág. 548; de 25 de novembro de 1936, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 79, pág. 351; do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 27 de janeiro de 1937, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 70, pág. 114."

ALFREDO BUZAID <sup>(50)</sup>, inclusive contraditando ALCIDES DE MENDONÇA LIMA e VICENTE CHERMONT DE MIRANDA <sup>(51)</sup>, expõe:

"20. No direito brasileiro, já a Constituição de 1891 autorizava que os juízes julgassem as causas, em que a ação ou a defesa se fundasse em dispositivo da Constituição (art. 60, "a") e das sentenças da justiça dos Es-

---

( 48) JOSÉ DUARTE, "A Constituição Brasileira de 1946", vol. III, pág. 369, registra que o Deputado RAUL BARBOSA apresentou, à Assembléa Nacional Constituinte, a Emenda nº 498 ao artigo 190 do Projeto (artigo 200 da Constituição de 1946): "O dispositivo do art. 190 do projeto se aplica, indistintamente, ao Supremo Tribunal Federal e aos demais tribunais do país e a atribuição de declarar a inconstitucionalidade é reconhecida até aos juízes singulares."

( 49) ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Revista Forense", vol. 123, pág. 351.

( 50) ALFREDO BUZAID, "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", págs. 61 e 68/70.

( 51) VICENTE CHERMONT DE MIRANDA, "Inconstitucionalidade e Incompetência do Juiz Singular", *in* Revista Forense, vol. 92, pág. 587, onde aponta a incompetência do juiz singular para declarar a inconstitucionalidade.

tados, em última instância, cabia recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionasse sobre a validade de tratados e *leis federais* e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela (art. 59, I, "a"). Desde então, numa continuidade nunca interrompida, sempre se admitiu nas leis e sempre se sustentou na doutrina que a competência para decretar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos não é poder privativo do Supremo Tribunal Federal, ou dos Tribunais de Justiça dos Estados; mas, ao contrário, cabe a qualquer juiz, quando deve decidir o litígio, que lhe é submetido."

"24. Não cremos que os argumentos expendidos pelos dois ilustres processualistas destruam a tese de que é competente o juiz singular para decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato. A regra é que os juizes de primeira instância podem conhecer e julgar *todas as causas*, ressalvadas unicamente as restrições impostas pela lei, tais como, entre outras, as do art. 101, I, da Constituição Federal, artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil, bem como as limitações de competência prescritas nas leis de organização judiciária. Se só os tribunais superiores tivessem competência para declarar a inconstitucionalidade, deveria esta determinação figurar na lei, expressa, clara e inequivocamente, pois ela representa uma "exceção ao princípio que criou o duplo grau (arg. dos arts. 196, 820 e 863 do Código de Processo Civil) e uma restrição à liberdade de julgar. Entretanto, nenhuma lei consignou qualquer limitação ao julgamento da questão constitucional por parte do juiz singular, nem atribuiu aos tribunais superiores competência privativa para o seu conhecimento. Portanto o juiz de primeira instância pode julgar o litígio constitucional. Vem roborar esta lição, uniformemente observada na prática judiciária (66), o art. 74 do Decreto-lei n.º 960, o qual prescreve ao juiz de primeira instância, perante o qual se processou o executivo fiscal, que recorra *ex-officio*, quando a decisão envolver matéria constitucional. Este dispositivo confirma claramente que, entre os poderes do juiz singular, está solenemente compreendido o de declarar a inconstitucionalidade de lei."

No mesmo sentido M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (52):

"O poder de declarar a inconstitucionalidade compete, no sistema do direito público brasileiro, privativamente ao Judiciário. Exerce-o não apenas o tribunal de segundo

---

( 52) M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, "O Poder Judiciário no Brasil, pág. 140.



grau, ou o Supremo Tribunal Federal; qualquer juiz, quando deve resolver os litígios submetidos ao seu conhecimento, pode decretá-la, porque é da índole de sua função, ao dizer o direito em cada caso concreto, deixar de aplicar a lei, que contraria direta ou indiretamente a Constituição."

LÚCIO BITTENCOURT (53):

"Não importa isso, porém, afirmar que a faculdade de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade é privativa do Supremo Tribunal Federal.

Não. Ela é consectária da função jurisdicional e, por conseguinte, cabe a quem quer que legitimamente exerça esta última. Todos os tribunais e juízes, federais ou locais, ordinários ou especiais, dela dispõem, embora a última palavra sobre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República.

Poderá, porém, o juiz singular de primeira instância dizer da inconstitucionalidade? De acordo com o nosso ponto de vista, anteriormente exposto, de que esse poder é inerente ao exercício da função jurisdicional, é óbvio que a resposta afirmativa se impõe."

A origem do permissivo remonta ao antigo direito norte-americano, onde, segundo BRYCE (54), "le soi disant pouvoir d'annuler une loi inconstitutionnelle est un devoir plutôt qu'un pouvoir qui incombe à la plus humble cour d'Etat, lorsqu'elle est saisie d'une question de cette nature, ...", acrescentando DICEY (55) que "... le devoir légal de *tout juge* ... est bien clair. Il doit considérer comme nul tout Act législatif en contradiction avec la Constitution des États-Unis, qu'il émane du Congrès ou des législatures d'Etat."; também COOLEY (56): "The duty to pass upon a question of constitutional law may devolve upon a court of *any grade*."

---

( 53) LUCIO BITTENCOURT, "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", págs. 62 e 63.

( 54) BRYCE, "La République Américaine, vol. I, pág. 360.

( 55) DICEY, "Introduction à l'Etude du Droit Constitutionnel", pág. 140 (grifo é nosso).

( 56) COOLEY, "The General Principles of Constitutional Law,," pág. 164, grifamos.

M. AFONSO BORGES traz à colação o entendimento de PONTES DE MIRANDA (57):

“Os juízes singulares podem decretar a nulidade da lei, ou de qualquer “ato normativo” (regra jurídica), por ser contrário à Constituição, pois do que decidirem há sempre recurso. Nem se poderia excluir a cognição da questão de inconstitucionalidade pelos juízes singulares; nem seria de admitir-se que se exigisse o *per saltum*, tais os enormes inconvenientes práticos que teria, se os juízes singulares houvessem de sustar os julgamentos. Para se chegar a essa conclusão, não se precisa da cripto-construção de que se serviu o Tribunal Federal de Recursos, voto do relator no acórdão de 24 de maio de 1948 (Recurso de mandado de segurança n.º 90 do Distrito Federal, R. de D. R., 14, 134s)”.

Já decidira o Pretório Excelso que “cabe aos juízes de primeira instância apreciar a arguição de inconstitucionalidade da lei, com recurso para instância superior, à qual cabe o pronunciamento definitivo” (58).

A controvérsia não mais existe, pois, como esclarece JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “ficaram isoladas as opiniões que pretenderam excluir a competência dos juízes monocráticos para pronunciar a inconstitucionalidade” (59).

Para o controle da constitucionalidade, entretanto, deverá ser seguido o ensinamento de BLACK (60): as leis têm a presunção *iuris tantum*, da constitucionalidade.

THEMISTOCLES CAVALCANTI aduz à presunção o requisito de que a constitucionalidade, para ser declarada, deverá ser manifesta:

“Deve ser manifesta a inconstitucionalidade. Quer isto dizer que devem ser afastadas todas as dúvidas. O conflito entre os dois textos deve ser facilmente verificado ou, pelo menos, se refletir na própria significação e finalidade dos dois dispositivos.

---

( 57) M. AFONSO BORGES, “Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, págs. 171/172.

( 58) Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 11 de novembro de 1943, Relator o Ministro ANIBAL FREIRE, in “Revista Forense”, vol. 99, pág. 83.

( 59) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, volume V, pág. 39, nota nº 18.

( 60) BLACK, William CAMPBELL, “Constitutional Law”, pág. 54;

( 61) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “Do Controle da Constitucionalidade, pág. 90.



É o que está na tradição não somente nossa, mas de todos os países que adotaram o sistema" (pág. 81).

*Deve-se presumir a constitucionalidade.*

Esta conclusão não é somente uma decorrência do primeiro princípio. A verdade é que os três poderes do Estado têm a sua competência própria e específica. Assim, o Legislativo tem o monopólio da política legislativa e o Executivo das decisões e atos administrativos.

A presunção, portanto, é de que os atos por ele praticados estejam em conformidade com a Constituição, a menos que não fique provado, de maneira certa e clara, o seu conflito com a Constituição.

Se a constitucionalidade se presume, é evidente que, na dúvida, não deve ser proclamada a inconstitucionalidade — "a reasonable doubt must be solved in favor of the legislative action, and the act sustained" no dizer de COOLEY" (pág. 85).

Na Arguição de Inconstitucionalidade no Agravo de Petição no Mandado de Segurança n.º 26.108, suscitante a E. 4.ª Câmara Cível, do então Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, dissemos (62):

"Em sendo o controle jurisdicional das leis uma exceção, é oportuno salientar que para a ocorrência de conflito que enseje a declaração de inconstitucionalidade, imprescindível se torna a existência concreta da norma maior violada, valendo citar o ensinamento de C. A. LUCIO BITENCOURT, in "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis" (63):

"Há mister, portanto, para se afirmar a inconstitucionalidade, que ocorra conflito com alguma norma ou algum mandamento da Constituição, embora se considere para esse fim, não apenas a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o espírito do dispositivo invocado" (op. cit., págs. 54/55).

E, adiante, citando BLACK, sustenta:

"Também BLACK é muito incisivo ao afirmar que quem quer que alegue a invalidade de um ato legislativo deve estar apto a apontar a específica proibição, exigência ou garantia que esse ato violou. *Se isso não puder ser feito, o ato é válido*" (o grifo é nosso).

( 62) "Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara", vol. 20, págs. 121/122.

( 63) C.A. LUCIO BITENCOURT, "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", pág. 55.

( 64) RUI BARBOSA, "Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal", 1893, pág. 86;

Já RUI BARBOSA <sup>(64)</sup> afirmara que “os atos legislativos que não acatarem a Constituição não são leis”, enquanto COUNTRYMAN <sup>(65)</sup> menciona julgamento da Suprema Corte dos EE.UU. da América do Norte onde ficou reconhecida a presunção (i. t.) da constitucionalidade das leis.

CASTRO NUNES <sup>(66)</sup>: “o ato legislativo presume-se sempre constitucional; se houver dúvida, resolve-se pela validade da lei, jamais contra ela; e o Tribunal só a declarará inoperativa se a violação constitucional lhe parecer clara, evidente, irrecusável. A regra científica, objetiva, é o da presunção da constitucionalidade acima exposta. É esse o princípio fundamental da exegese constitucional.”

Conclui PEDRO LESSA: “não basta demonstrar que a lei incriminada é injusta, opressora ou fere direitos naturais, sociais ou políticos” <sup>(67)</sup>.

E quanto ao Tribunal de Contas, exercerá funções judicantes, e, via de conseqüência, poderá declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do poder público?

Na França, afirma J. BAGNET <sup>(68)</sup> a *Cours de Comptes* exerce função jurisdicional sobre as pessoas, e, na Itália, a própria Constituição, segundo SALVATORE ROMANO <sup>(69)</sup> “. . . ha posto il divieto di istituire giudice straordinari e speciali, mantenendo soltanto il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustiza amministrativa, la Corte dei Conti ed i tribunali militari, con competenza restrita. ROBERTO COLTELLI <sup>(70)</sup> também reconhece funções judicantes da *Corte dei Conti*, observando SILVIO LESSONA <sup>(71)</sup>: “. . . ad ogni modo à cero che i costituenti hanno conservato *ad personam* il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti como organi giurisdizionali.”

CASTRO NUNES <sup>(72)</sup>, PEDRO LESSA <sup>(73)</sup> e CARLOS MAXIMILIANO <sup>(74)</sup> viam nas decisões do Tribunal de Contas apenas elementos probatórios, jamais o exercício de função jurisdicional.

A Carta Magna concede ao Tribunal de Contas prerrogativas dos tribunais judicantes (v. g. eleição do seu Presidente, provimento de

---

( 65) COUNTRYMAN, “The Supreme Court of the United States”, pág. 128.

( 66) CASTRO NUNES, “Da Jurisdição no Regime”, pág. 93.

( 67) PEDRO LESSA, “Poder Judiciário”, pág. 138.

( 68) J. BAGNET, “La Cours de Comptes”, pág. 85.

( 69) SALVATORE ROMANO, “L’Ordinamento Giuridico ed el Sistema Positivo delle Giurisdizione in Generale”, pág. 136.

( 70) ROBERTO COLTELLI, “L’Indipendenza della Corte dei Conti”, in “Revista Trimestrali di Diritto Pubblico”, pág. 330.

( 71) SILVIO LESSONA, “La Funzione Giurisdizionale”, in *Comentário Sistemático alla Costituzione Italiana*, vol. 203.

( 72) CASTRO NUNES, “Teoria”, pág. 26.

( 73) PEDRO LESSA, “O Poder Judiciário”, pág. 52.

( 74) CARLOS MAXIMILIANO, “Comentários à Constituição”, I, pág. 240.



cargos, organização dos serviços auxiliares, regimento interno), assegurada a equiparação de seus juizes aos membros do Poder Judiciário na Súmula n.º 42 do Supremo Tribunal Federal e dispondo a Súmula n.º 347, do mesmo Pretório, que "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público."

Sustenta IVAN LINS (75): "Princípio pacífico é o de não poderem os Tribunais de Contas apreciar a utilidade, conveniência e oportunidade dos atos que lhes são submetidos. É perfeitamente justo este princípio, visto serem os referidos aspectos — utilidade, conveniência e oportunidade — da exclusiva competência de quem pratica os atos administrativos e não do órgão apenas incumbido de fiscalizar-lhes a legalidade, isto é, se os mesmos atos foram praticados de acordo com as leis que os regem. Tal não se dá, porém, com a constitucionalidade."

Esclarece, entretanto, ROBERTO ROSAS (76): "há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado."

"Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei nos termos do art. 111, que dá essa competência aos tribunais enumerados no art. 107."

Poderá a Administração Pública deixar de cumprir a lei por considerá-la inconstitucional?

Nos EE.UU. da América do Norte, inicialmente, como expõe JACQUES LAMBERT (77), predominava o entendimento de que não apenas o Judiciário seria depositário da função de declarar a inconstitucionalidade, e somente com o pronunciamento de MARSHALL (78), passou o controle da constitucionalidade a ser exclusivo dos tribunais.

No mesmo sentido, BRYCE (79): "... Disso resulta que a questão de se saber se uma lei do Congresso está em conflito com a Constituição deve ser dirimida pelos tribunais, não somente porque é uma questão de interpretação legal, mas, também, porque não há outra pessoa para resolvê-la. O Congresso não o pode fazer porque é parte interessada. . . . O Presidente não o pode, porque não é um juris-consulto. . . . Restam somente os tribunais. . ."

---

( 75) IVAN LINS, *in* Revista de Direito da Procuradoria-Geral do antigo Distrito Federal," vol. 8, pág. 128.

( 76) ROBERTO ROSAS, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, pág. 104. Os artigos 111 e 107 mencionados pertencem à Constituição de 24 de janeiro de 1967, mas são idênticos aos artigos 116 e 112, da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969.

( 77) JACQUES LAMBERT, *Histoire Constitutionnelle de l'Union Américaine*", vol. II, pág. 40.

( 78) MARSHALL, pronunciamento no célebre caso *MARBURY vs. MADISON*.

Também HUGHES <sup>(80)</sup>: "The power could not be lodged with the Executive for that would be to make him supreme over Congress. It could not be lodged with Congress for that would make it the sole judge of its own authority and enable it to escape all the limitations of its powers."

Entre nós, JOSÉ FREDERICO MARQUES <sup>(81)</sup> argumenta "a favor do descumprimento da lei inconstitucional alegando que aos juízes e tribunais cabe, de modo privativo, o controle *jurisdiccional*."

Mas o confronto da lei e da Constituição para verificar-se se aquela se harmoniza com os mandamentos nesta contidos, qualquer órgão estatal pode fazê-lo."

Afirma THEMISTOCLES CAVALCANTI <sup>(82)</sup>: "... entendo, de acordo com a doutrina preponderante, que à Administração não cabe apreciar e decretar a inconstitucionalidade das leis, sendo essa tarefa específica do Poder Judiciário. Essa é a solução brasileira do problema da inconstitucionalidade das leis."

RUI BARBOSA <sup>(83)</sup>: "O poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil, compete, privativamente, ao Judiciário. Não o pode exercer o Legislativo, porque lhe é vedado ser juiz em causa própria"; igual o pensamento de OSCAR SARAIVA <sup>(84)</sup>.

A Administração Pública, entretanto, tem entendimento contrário, inclusive com apoio do Pretório Excelso, como registra SÉRGIO SAHIONE FADEL <sup>(85)</sup>:

"Mais ousado, na matéria, foi o Parecer n.º 184-H, de 7 de maio de 1965 (D.O.U. de 22-6-65, págs. 5815/8), da Consultoria Geral da República (órgão do Poder Executivo), chancelado pelo Chefe da Nação, e segundo o qual a Administração Pública pode recusar o cumprimento de lei, por entendê-la inconstitucional, entendimento esse que obteve o beneplácito da Suprema Corte (Plenário, Rec. Mand. Seg. n.º 14.136, D.J. de 30-11-66, páq. 4189), julgamento assim ementado: "*Inconstitucionalidade* — Sem embargo de que, em princípio, compete ao Poder Judiciário a atribuição de declarar inconstitucional uma lei, a jurisprudência tem admitido que o Poder Executivo, também

---

( 80) HUGHES, "The Supreme Court of the United States", pág. 86.

( 81) JOSÉ FREDERICO MARQUES, Observações e Apontamentos sobre a Competência Originária do STF, pág. 25, *apud* ROBERTO ROSAS, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, pág. 121.

( 82) THEMISTOCLES CAVALCANTI, in "Revista de Direito Administrativo", vol. 42, pág. 407.

( 83) RUI BARBOSA, "Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo", pág. 57.

( 84) OSCAR SARAIVA, Parecer in "Revista Forense," vol. 116, pág. 42.

( 85) SÉRGIO SAHIONE FADEL, "Código de Processo Civil Comentado", vol. II, pág. 59.



interessado no cumprimento da Constituição, goza da faculdade de não executá-la, submetendo-se aos riscos daí decorrentes inclusive o do *impeachment*. Nesse caso, quem for prejudicado se socorrerá dos remédios judiciais ao seu alcance. — Recusando cumprimento à lei havida como inconstitucional, o Governador se coloca na mesma posição do particular que se recusa, a seu risco, a obedecer à lei, guardando as ações e medidas de quem tiver interesse no cumprimento dela”.

## 5. O PROCESSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No nosso sistema jurídico, hoje, encontramos o controle da constitucionalidade *preventivo*, através de *órgão não judicial* <sup>(86)</sup> o critério *difuso-incidental* e o *concentrado-principal* <sup>(87)</sup>, sendo que no Estado do Rio de Janeiro alguns efeitos do sistema *principal* foram estendidos ao *incidental* <sup>(88)</sup>.

O Pretório Excelso <sup>(89)</sup> exerce, cumulativamente, atividade inerente ao sistema *concentrado-principal* e ao *difuso-incidental*; com

---

( 86) A faculdade atribuída ao Presidente da República de vetar projeto de lei que se lhe afigure inconstitucional, embora possa o legislativo rejeitar o veto (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 59, §§ 1º e 3º).

( 87) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigos 13, nº 51/IX e § 1º, 119, I, "I" e III "b", 116 e Código de Processo Civil de 1973, artigos 480/482.

( 88) Resolução nº 2, de 2 de outubro de 1975, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), artigo 104 e §§ 1º e 2º.

Nesse dispositivo também encontramos aspectos dos *assentos vinculativos*, originários do direito português (Ordenações Filipinas, Livro I, Tít. V, § 5), contemplados em nosso período imperial (Decreto nº 2684, de 1875 e nº 6.124, de 1876, e art. 156, § 3º, da Consolidação do Conselheiro Ribas) e constantes dos artigos 518/520 do Projeto do Atual Código de Processo Civil, solução que a Comissão Revisora não adotou.

( 89) "Versando o assunto, na sua clássica obra sobre a Constituição Federal, ensina João Barbalho que, no exercício das suas funções, o Supremo Tribunal só encontra superior na Constituição e nas leis que lhe são conformes; e é dela considerado árbitro e intérprete final, isto é, suas decisões em assuntos constitucionais prevalecem sem contraste. Ao Supremo Tribunal seguem-se os tribunais e juízes que o Congresso criar para a distribuição da Justiça Federal (Cfr. Countryman, "The Supreme Court of the United States", pág. 73).

O que é preciso esclarecer, depois disso, é que tal atribuição é conferida, não só ao Poder Judiciário da União, mas às Justiças dos Estados, com relação não somente às leis destes em conflito com a Constituição Federal ou com a respectiva Constituição, mais ainda às leis federais em conflito com a Constituição Federal. Trata-se de uma competência cumulativa dos tribunais estaduais para conhecerem da inconstitucionalidade das leis federais, como se deduz do próprio texto da Constituição Federal, ao prever a revisão dos processos findos pelo Supremo Tribunal das sentenças das Justiças dos Estados, quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contrária a ela."

"Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 15, pág. 27.

referência à primeira parte, esclarece o Regimento Interno caber ao seu Plenário processar e julgar originariamente, "a apresentação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual . . ." (90).

O Procurador-Geral poderá oferecer a representação provocado por autoridade ou por terceiro, inclusive com parecer seu contrário, porém, tomando a iniciativa, será irretroatível, admissível, apenas, alteração do parecer (91).

Comentando a desistência, disse ROBERTO ROSAS (92):

*"Desistência.* A desistência da argüição de inconstitucionalidade deve ser encarada por dois pontos: 1.º) a argüição na Representação, quer seja no STF ou no Tribunal de Justiça; 2.º) a argüição segundo o art. 484 do CPC.

No primeiro caso ela é fruto da iniciativa do Ministério Público que não poderá retroceder, levando-se em conta o interesse público. O STF já negou a desistência (Representação n.º 467) e inscreveu no Regimento Interno essa possibilidade (art. 174, § 2.º).

Já na argüição prevista no art. 480 ela tem o tratamento do Código quanto à desistência. Se o recorrente poderá a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso (art. 501), logo poderá haver desistência da argüição. Note-se que a declaração de inconstitucionalidade é feita nos tribunais, presumindo recurso que leve essa matéria à segunda instância. Se pode desistir do recurso, como não da argüição. Não se aplica ao caso, o disposto no § 4.º do art. 267 do CPC, que impede a desistência da ação após o prazo da resposta."

O relator, ao receber a representação, pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, ao Congresso Nacional ou à respectiva Assembléia Legislativa, ou poderá "submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos de sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de qualquer direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda, destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa" (93).

---

( 90) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 18 de janeiro de 1970, artigo 8º, VII.

( 91) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1970, artigo 174, §§ 1º e 2º.

( 92) ROBERTO ROSAS, "Comentários ao Código de Proc. Civil", vol. V, págs. 97/98.

( 93) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1970, artigos 175 e 22, IV.



As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, "podendo ser dispensadas, em caso de urgência, pelo relator, *ad referendum* do Tribunal" (Regimento Interno, artigo 175, § 1.º).

Em caso de urgência poderá o Tribunal, a qualquer tempo, julgar o processo "com os elementos de que dispuser", com prévia ciência das partes, desde que o relator, ao receber os autos, ou no curso do processo, o submeta ao conhecimento do Tribunal" (Regimento Interno, artigo 175, § 2.º).

Com as informações, será aberta "vista", por quinze dias, ao Procurador-Geral, e, após, será encaminhada cópia do relatório aos demais Ministros, pedindo o relator dia para julgamento, proclamando-se, então, a inconstitucionalidade ou constitucionalidade do preceito ou ato impugnados, observada a maioria absoluta (94).

A representação será julgada improcedente se declarada a constitucionalidade ou não alcançada a maioria absoluta, para a declaração de inconstitucionalidade (Regimento Interno, artigo 179).

Transitado em julgado o acórdão que declarar, no todo ou em parte, a inconstitucionalidade de lei ou decreto, o Presidente do Supremo Tribunal Federal remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei ou decreto respectivo (95).

O Pretório Excelso, em seu Regimento Interno, considerou a declaração de inconstitucionalidade por via quer *principal* (artigos 174/180), que *incidental* (artigos 181/182).

Na segunda hipótese, se a arguição for feita em processo da competência do Plenário, e, declarada a inconstitucionalidade pela maioria absoluta, notamos que a via *incidental* se transmuda em *principal*, inclusive com a remessa de cópia autêntica do acórdão, com trânsito em julgado, ao Presidente do Senado Federal, para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei ou decreto (96).

Se a arguição ocorrer em processo de competência de turma, será remetido a Plenário, cumprindo observar que, no caso, a arguição terá de ser *relevante* (97).

---

( 94 ) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 116 e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1970, artigos 176/178.

( 95 ) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 42, VII: "Compete, privativamente, ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1970, artigo 180.

( 96 ) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 42, VII e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1970, artigo 181.

( 97 ) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1970, artigo 12, I: "A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade não decidida pelo Tribunal Pleno."

A inconstitucionalidade também poderá ser alegada em execução, com a conseqüente remessa dos autos a Plenário, caso o processo seja de Turma.

É facultado ao Procurador-Geral da República, entretanto, intervir em qualquer processo em curso e argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, e se assim o fizer, determinará pronunciamento do Plenário.

## 6. CONTROLE INCIDENTAL E MAIORIA ABSOLUTA; INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE

Nosso Código de Processo Civil, em seus artigos 480/482, disciplina o controle por via *incidental* (por exceção), ou seja, como conjugar a obrigatoriedade da maioria absoluta dos membros do *tribunal*, prevista no artigo 116 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, com a execução, quando ventilada em Câmara ou Turma (98).

A solução encontrada foi idêntica à do incidente de uniformização da jurisprudência (99), ou seja, julgamento, no dizer de PONTES DE MIRANDA, *per saltum* (100).

Se a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público for argüida perante Câmara ou Turma e o órgão respectivo entender com base o incidente, não lhe será lícito a declaração de inconstitucionalidade, ante o epigrafado dogma constitucional, e, então, a constitucionalidade será apreciada pelo Plenário e a causa, ou recurso, será julgada pela Câmara ou Turma.

( 98) Código de Processo Civil de 1973, artigos 480/482:

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá à Turma ou Câmara a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Tribunal Pleno.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do Tribunal designará a sessão de julgamento.

Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 116: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público."

( 99) Código de Processo Civil de 1973, artigos 477 e 478:

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do Tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo Único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

(100) PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967", vol. VIII, pág. 564, "3".



Conseqüentemente, o julgamento será feito por dois órgãos do Tribunal, Plenário e Câmara ou Turma, no âmbito de suas respectivas atribuições — julgamento *subjetivamente complexo*, segundo CALAMANDREI <sup>(101)</sup>.

Embora o Código de Processo Civil mencione, expressamente, "câmara ou turma", nem mesmo os Grupos de Câmaras ou as Câmaras Cíveis Reunidas poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, pois, como assinala JOSÉ FREDERICO MARQUES, exige a Constituição para tanto, o voto da maioria absoluta dos *integrantes* do Tribunal <sup>(102)</sup>.

Entenderam alguns que, nos Tribunais onde os componentes das Câmaras Cíveis Reunidas atingissem a maioria absoluta dos votos do próprio tribunal, ser-lhe-ia lícito apreciar a constitucionalidade <sup>(103)</sup>, nas adverte JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, com a habitual propriedade <sup>(104)</sup>:

"Parece-nos, ao contrário, à luz da *ratio legis*, que a legitimidade da declaração pressupõe necessariamente a votação em sessão plenária, a fim de que se abra a cada um dos membros do tribunal a *possibilidade* de manifestar-se, e assim de influir no resultado da votação — embora não seja indispensável que todos *efetivamente* se manifestem."

Aduz ALFREDO BUZAID <sup>(105)</sup>: "26. Para a declaração da inconstitucionalidade de lei, não é necessária a *presença* da totalidade dos membros do Tribunal; basta a *maioria absoluta* dos seus membros". O conceito de "maioria absoluta" se refere não aos juizes *presentes* ao ato do julgamento, mas à *totalidade dos membros*, que compõem o Tribunal. Observa CASTRO NUNES que "o *quorum* exigido se define pela maioria da totalidade dos juizes do Tribunal (maioria absoluta), não bastando a *maioria da maioria presente*, maioria acidental ou relativa."

CARLOS MAXIMILIANO <sup>(106)</sup> observa que "em boa hora a jurisprudência generalizou a disposição salutar. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou nulo um acórdão seu embargado

---

(101) CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, vol. I, pág. 106.

(102) JOSÉ FREDERICO MARQUES, "*Instituto*", vol. IV, pág. 112.

(103) MENDONÇA LIMA, in "*Revista Forense*," vol. 123, pág. 353.

(104) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "*Comentários ao Código de Processo Civil*", vol. V, pág. 47.

(105) ALFREDO BUZAID, "*Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*", pág. 74.

(106) CARLOS MAXIMILIANO, "*Comentários à Constituição Brasileira*", pág. 109, 2.

porque uma das partes fundara a sua intenção em preceito constitucional e se deliberara com a presença de menos de dez juizes.”

Segundo CASTRO NUNES <sup>(107)</sup>, *maioria absoluta* não se refere aos juizes *presentes*, mas à totalidade dos componentes do Tribunal, não bastando a *maioria da maioria presente* (maioria relativa ou acidental), acrescentando PONTES DE MIRANDA <sup>(108)</sup>:

“A maioria absoluta é de *votos acordes*; não se exige a presença de todos os juizes; portanto, se a maioria absoluta dos juizes está presente e vota unanimemente, está satisfeito o pressuposto do art. 200.”

LUCIO BITTENCOURT <sup>(109)</sup>:

“O vocábulo “membros”, usado pela Constituição, não significa “membros efetivos”, mas sim, aqueles que, de acordo com a lei ordinária, integram o Tribunal na decisão de determinado caso. O juiz *convocado* é, para a decisão a que foi chamado a tomar parte, “membro do Tribunal”. Membro, no sentido do art. 200, não são as pessoas que, em caráter efetivo ou acidental, exercem a função judicante, mas os cargos de que se compõe o Tribunal.”

O Pretório Excelso, na Representação n.º 670 <sup>(110)</sup>, fez interessante exame das questões referentes à maioria absoluta, *quorum*, *quantum* e oportunidade de que todos os juizes possam externar seu ponto de vista:

O Sr. Ministro Victor Nunes: — Sr. Presidente, em tese, e este é o fundamento da norma regimental em que me apóio, um Ministro ausente poderia ter apresentado argumentos tão decisivos, que viessem a modificar nossa votação.

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa (Presidente): — Mas o critério seguido pelo Tribunal é este.

O Sr. Ministro Victor Nunes: — Parece que não podemos proclamar o resultado, estando incompleto o *quorum*

(107) CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pág. 599.

(108) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. V, pág. 287.

(109) LÚCIO BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, pág. 48.

(110) Representação nº 670, in *Rev. Trim. de Jurisprudência*, vol. 37, pág. 645. O art. 200 mencionado, referente à Constituição de 18 de setembro de 1946, foi reproduzido no art. 111, da Constituição de 24 de janeiro de 1967 e no art. 116, da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969.



pela ausência de Ministros que ainda não votaram. E o *quorum* é de doze para matéria constitucional.

O Sr. *Ministro Aliomar Baleeiro*: — Se houve maioria absoluta contra a Representação, ela está decidida.

O Sr. *Ministro Vilas Boas*: — É o art. 200 da Constituição."

"O Sr. *Ministro Victor Nunes*: — Estou pondo uma questão de princípio. Deixando de ouvir as ponderações de dois ou três Ministros que integram o *quorum*, não tivemos ocasião de saber se eles nos convenceriam a mudar de voto ou não. Parece que, em matéria constitucional, o resultado não pode ser proclamado, sem que os juizes componentes do *quorum* tenham votado. Refiro-me a *quorum* no sentido técnico, de número de pessoas que podem deliberar.

O Sr. *Advogado Laerte Paiva*: — Se V. Exa. me permitir, quero adiantar que, em relação ao art. 72, houve *quorum*.

O Sr. *Ministro Ribeiro da Costa* (Presidente): — A objeção é a seguinte: os Ministros que já integram o *quorum* devem manifestar-se.

O Sr. *Ministro Victor Nunes*: — Pelo nosso Regimento, não pode haver deliberação, em matéria constitucional, sem o *quorum* de oito (agora doze). Se o *quorum* inicial só se integrava com dois Ministros agora ausentes e que não votaram na sessão anterior, é como se a decisão estivesse sendo tomada sem o número mínimo de presentes.

O Sr. *Ministro Prado Kelly*: — Sr. Presidente, eu me permito fazer uma breve ponderação, na distinção entre *quorum* e *quantum* da votação. A exigência do *quorum* foi satisfeita, no início do julgamento. O que se depara é a verificação do *quantum*, pela exigência constitucional do art. 200. E o art. 200 apenas se refere ao voto proferido: "Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público."

Pelo voto da maioria absoluta de seus membros, o Tribunal acabou de declarar a inconstitucionalidade da lei sujeita a seu exame."

Majoria absoluta, disse HAHNEMANN GUIMARÃES (111), "... é a parte de um conjunto de pessoas que somada a outra parcela menor que a primeira, apenas em um, se iguala com o todo, se for ímpar o número de pessoas."

---

(111) HAHNEMANN GUIMARÃES, in MS nº 884.

Para a maioria absoluta, entretanto, como observa COSTA MANSO <sup>(112)</sup>, "... os Substitutos também integram o *quorum*, porquanto passam a ter jurisdição plena."

Nos Estados Unidos, embora à ausência de preceito impositivo, foi exigida, para declaração de inconstitucionalidade, maioria "perante a totalidade dos membros do tribunal", presente o receio de decisão de maioria simples, em matéria de tanta relevância, como expõe WILLOUGHBY <sup>(113)</sup>, aditando NERINCX <sup>(114)</sup>:

"Tratando-se de apreciar a constitucionalidade de uma lei federal, a Corte Suprema estabeleceu que se não invalidasse a lei senão pela maioria do número completo dos juizes reunidos *in a full Bench* e somente quando a oposição entre a Constituição e a lei era tal que o magistrado devia convencer-se de sua inconstitucionalidade."

COOLEY <sup>(115)</sup> informa que alguns tribunais preferiam transferir as decisões sobre inconstitucionalidade à apreciação do tribunal pleno.

O julgamento, pois, será feito por dois órgãos sempre que a arguição de inconstitucionalidade não ocorrer no próprio Plenário.

A exigência constitucional da maioria absoluta, entretanto, não se estende à decretação judicial da *ilegalidade* de decreto, regulamento, aviso, instrução, resolução ou qualquer outro ato do poder público, podendo, como explica PONTES DE MIRANDA, o Tribunal, em sua composição plena ou fracionada, dar pela *ilegalidade* através de maioria simples <sup>(116)</sup>.

---

(112) COSTA MANSO, "O Processo na Segunda Instância", pág. 260.

(113) WILLOUGHBY, "The Constitutional Law of the United States", vol. I, pág. 12.

(114) NERINCX, "L'Organisation Judiciaire aux. Etats-Unis", pág. 45.

(115) COOLEY, "A Treatise on the Constitutional Limitation", pág. 56.

(116) PONTES DE MIRANDA, comentários à Constituição 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, vol. III, pág. 590: "O art. 116 atende, em parte, à hierarquia das regras jurídicas: posto que a Constituição exija a maioria absoluta dos membros do tribunal (não dos presentes) para a decisão desconstitutiva, só o faz a respeito das regras legais ou de atos dos poderes públicos, isto é, das leis e de outros atos, que contenham regras jurídicas ou não, porém não estende a exigência se a infração, de que trata, é a regra legal. O tribunal, ou a parte do tribunal, não precisa de maioria absoluta para dizer *ilegal* o ato do poder público. À primeira vista, parece estranho que se possa decretar a *ilegalidade*, sem maioria absoluta dos membros do tribunal, e não se possa decretar a *inconstitucionalidade* desse mesmo ato, se não se perfaz maioria absoluta dos membros do tribunal. É que a *ratio legis* não está em que as questões de legalidade são menos graves e só atingem os decretos, regimentos, regulamentos, avisos, instruções, portarias e outros atos menos importantes. As questões de inconstitucionalidade são graves, porque se acusa o autor do ato de violar a Constituição de que provém qualquer partícula de poder público, que haja invocado."



Distingue VICENTE RAO <sup>(117)</sup>:

“O princípio de *constitucionalidade* exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais, às disposições *substanciais* ou *formais* da Constituição; o princípio da *legalidade* reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis, e, também, a subordinação, nos termos acima indicados, *das leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras.*”

A lei *commune praeceptum, communis reipublicae sponsio*, no dizer de PAPINIANO <sup>(118)</sup>, teve as mais diversificadas definições, valendo registrar, sobre o tema, a divergência entre LABAND <sup>(119)</sup> e DUGUIT <sup>(120)</sup> e a superada colocação ético-liberal de RIPERT <sup>(121)</sup>:

“Il en est tout au moins ainsi quand la loi ne porte pas atteinte à la liberté humaine et se borne à réprimer l'activité coupable ou dangereuse. En donnant un immense domaine au licite elle permet à chacun d'agir suivant sa conscience. Elle laisse sa plénine action à la morale.”

## 7. RESOLUÇÕES SOBRE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E REGIMENTO INTERNO

O Código de 1939 não disciplinava o incidente, e o novo Código, em seu artigo 1.214, determinou que as resoluções sobre organização judiciária e os regimentos internos dos Tribunais deveriam adequar-se ao Código de 1973.

O Código de 1939, em dispositivo idêntico, dispunha que “as leis de organização judiciária e os regimentos internos dos Tribunais adaptar-se-ão às disposições deste Código, que sobre umas e outros prevalecerá”, mas passando, por imperativo constitucional, a elaboração da organização judiciária ao âmbito do Judiciário, corretamente menciona o citado art. 1.214 *resoluções* e não mais *leis* de organização judiciária.

---

(117) VICENTE RAO, “O Direito e a Vida dos Direitos”, vol. I, nº 221.

(118) PAPINIANO, “Digesto” 1/1 1, 1, 3.

(119) LABAND, “Droit Public de l'Empire Allemand”, vol. II, pág. 204.

(120) DUGUIT, “Droit Constitutionnel”, vol. II, pág. 142.

(121) GEORGES RIPERT, “Les Forces Créatrices du Droit”, pág. 415.

J. O. DE CASTRO FILHO, entretanto, sustenta a dificuldade dessa adaptação <sup>(122)</sup>:

"Assim é. Mas a adaptação recomendada nem sempre será fácil. O Código contém disposições que dizem respeito aos regimentos internos dos Tribunais e a seus serviços auxiliares, e a elaboração de uns e a organização de outros compete, privativamente, aos tribunais (Constituição, art. 115, II). Vejam-se, para exemplos: o art. 547, que manda registrar no protocolo, no dia da entrada, os autos e determina caiba à "Secretaria" verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição". E se o Tribunal, no seu Regimento Interno, entender que o protocolo se deva fazer, por economia e metodização do serviço, no dia seguinte ao da entrada, embora mencionando-se o dia da chegada dos autos? E se o Regimento Interno dispuser que a revisão deva ser feita, como na grande maioria dos Estados é feita, não pela Secretaria, mas pelo escrivão do Tribunal? No art. 565, o regime de preferência para julgamento se o advogado quiser fazer sustentação oral, poderá ter outro critério?..."

A disposição, como esclarece AMILCAR DE CASTRO, comentando o correspondente artigo 1.049, do Código de 1939, é desnecessária, pois, sendo o Estatuto de Processo Civil lei federal, não poderiam as leis estaduais de organização judiciária (*m.m.* as atuais resoluções sobre organização judiciária) e os regimentos internos dos Tribunais deixar de se adaptar às suas determinações <sup>(123)</sup>:

"595. A disposição do art. 1.049 não precisava estar escrita para ser obedecida. Sendo o Código de Processo Civil lei federal, as leis estaduais de organização judiciária, e os regimentos internos dos Tribunais estaduais não podiam deixar de se adaptar às suas disposições; e o Código sobre umas e outras prevalecerá. No Brasil, como nos Estados Unidos da América do Norte, é bem conhecida a gradação de prevalência das leis: Constituição Federal, leis federais, constituições estaduais, leis estaduais. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subseqüentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na gradação indica a precedência na autoridade. A colisão, uma vez manifesta, está *ipso facto* resolvida: a lei mais fraca cede à superioridade da mais forte."

---

(122) JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. X, pág. 340.

(123) AMILCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, nº 595



Assim não fosse e o Código de Processo Civil vigoraria, de direito, em todo território nacional, mas, cada Estado, ao sabor de sua organização judiciária e do seu regimento interno, teria seu rito próprio, ou seja, o retrocesso ao regime dos Códigos de Processo Estaduais.

O argumento de AMILCAR DE CASTRO, porém, e não obstante invocando a lição de constitucionalista exponencial, à época (124), não nos parece preciso, tendo por supedâneo hierarquia das leis, pois, na verdade, as leis federais somente terão prevalência sobre as estaduais *quando nos parâmetros constitucionais*, ou seja, tratando a lei federal de matéria atribuída, pela Constituição Federal, ao âmbito federal.

O Código de Processo Civil tem ascendência sobre as resoluções dos Tribunais (Organização Judiciária e Regimento Interno) exatamente porque legislar sobre "direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho" é da exclusiva competência da União (125).

A Constituição Federal, porém, faculta ao Pretório Excelso, através do seu Regimento Interno, estabelecer "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso" (126) e, não obstante expressivo ensinamento (127), há quem entenda que esta permissão jamis poderia conflitar com o Código de Processo Civil, porque o preceito constitucional reivindica, como prerrogativa da União, legislar sobre direito processual (128).

"A questão assume aspecto particular no concernente ao Supremo Tribunal Federal, cujo Regimento Interno em vigor contém, nos arts. 181 e 182, normas relativas à arguição incidental de inconstitucionalidade. Como já se assinalou, nos termos da Carta da República, art. 120, parágrafo único, letra "c", incumbe à Corte, em seu Regimento Interno, regular "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso". Inserindo-se o incidente de arguição em processo de causa ou de recurso da competência do Supremo Tribunal Federal está ele compreendido no âmbito de incidência da regra constitucional."

---

(124) RUI BARBOSA, "Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal", pág. 64.

(125) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 8, XVII, "b".

(126) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 120, "c".

(127) J. C. BARBOSA MOREIRA, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, pág. 43.

Limitada, entretanto, pelo que contiver o Código de Processo Civil, a outorga constitucional ao Tribunal de cada Estado de "dispor, em resolução, pela maioria absoluta de seus membros, sobre a divisão e a organização judiciárias, cuja alteração somente poderá ser feita de cinco em cinco anos" (128).

#### 8. ARGÜIÇÃO: OPORTUNIDADE, PARTICULARIDADES, RITO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO; O SENADO FEDERAL

O Código de Processo faculta a argüição de inconstitucionalidade de "lei ou de ato normativo do poder público" (129), ou seja, de lei ordinária, complementar, delegada, de decreto-lei, decreto legislativo, decreto regulamentar, de resolução, de qualquer ato normativo oriundo de qualquer órgão público, inclusive de dispositivos dos Regimentos Internos dos Tribunais ou até de emenda à própria Constituição (130).

Indiferente, por outro lado, vulnerada tenha sido a Carta Magna Federal ou Estadual, pois, como adverte PONTES DE MIRANDA, "o conceito de inconstitucionalidade, no art. 116, é maior do que o de contrariedade à Constituição Federal, basta para a sua incidência, que se trate de decretação de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual" (131).

A "lei ou ato normativo do poder público", para fins da argüição, poderão ser emanados da União, do Estado ou do próprio Município, em processo da competência originária ou em grau de recurso, sem ligação necessária ao *meritum causae*, sendo indispensável, porém, que o julgamento somente possa ser realizado após o deslinde da constitucionalidade (132).

Poderão argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público qualquer das partes, os litisconsortes, assistentes, oponentes, o Ministério Público, e, atendendo à relevância da questão de direito, o próprio relator, o revisor ou outro magistrado integrante do órgão julgador.

Em que fase processual deverá ser argüida a inconstitucionalidade? Em se tratando de *quaestio iuris*, inoperante a preclusão, e, "a parte pode argüir a inconstitucionalidade em petição inicial, em

---

(128) Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, art. 144, § 5º.

(129) Código de Processo Civil, artigo 480.

(130) J. C. BARBOSA MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 43.

(131) PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967" e Emenda nº 1 de 1969, Ilvros III, pág. 608.

(132) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, pág. 591.



contestação, em razões de recorrente ou recorrido, em petição avulsa que junte aos autos durante a tramitação da causa ou do recurso perante o órgão, ou até, se for o caso, em sustentação oral, na sessão de julgamento."

"A arguição pelo Ministério Público, quando parte, é cabível a qualquer momento em que lhe toque falar nessa qualidade. Como fiscal da lei, pode o Ministério Público fazê-la no parecer escrito que emita, sendo o caso, ao pronunciar-se oralmente, na sessão de julgamento."

"Quanto à arguição *ex-officio*, cabe naturalmente ao relator, ao eventual revisor ou a qualquer outro membro do órgão formulá-la na referida sessão. A arguição será admissível desde o início do julgamento até o encerramento da votação, enquanto não anunciado pelo presidente o resultado desta (art. 556). É intuitivo que a cada juiz tocará fazê-la ao proferir o seu voto, não há, entretanto, óbice legal a que o relator a faça, por amor à economia, ao fim da própria exposição da causa" (133).

Determina o Código audiência do Ministério Público sempre que ocorrer a arguição (art. 480), quer já funcionasse nos autos (quando houvesse interesse de incapazes, nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência, disposições de última vontade e quando houvesse interesse público) ou não (134).

Se o Ministério Público, em processo da sua competência, já tiver emitido parecer, e, posteriormente, vier a arguição, não poderá o órgão acolher ou rejeitar a alegação sem antes ouvir o *parquet*, ainda que a arguição se verifique na própria sessão de julgamento.

Não obstante estejam o incidente da uniformização da jurisprudência e a declaração de inconstitucionalidade no mesmo título IX — do Processo nos Tribunais — exige o Código, apenas na primeira hipótese, funcione o chefe do Ministério Público (135).

Segue o Código: "se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno" (136).

---

(133) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, pág. 45.

(134) Código de Processo Civil, arts. 82 e 480.

(135) Código de Processo Civil, artigo 478, § único: "Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal". Artigo 480: "Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara a que tocar o conhecimento do processo."

(136) Código de Processo Civil, artigo 481.

A argüição, formulada pelas partes, litisconsortes, assistentes, oponentes, pelo Ministério Público ou por qualquer dos juízes integrantes da Câmara, Turma, Grupo ou Câmaras Reunidas, deverá ser objeto de deliberação, porém, silente o Código, a forma desse julgamento será ditada pelo Regimento Interno de cada Tribunal <sup>(137)</sup>.

Independe, todavia, de maioria absoluta a rejeição da argüição feita perante as Câmaras ou Turmas, pois o preceito constitucional somente exige aquele *quorum* para declarar a inconstitucionalidade <sup>(138)</sup>; decidindo, pois, a Câmara, Grupo ou Turma, por sua maioria, a rejeição do argüido, a própria lei explicita que "prosseguirá o julgamento" <sup>(139)</sup>, sem que o processo seja remetido a Plenário.

Embora o Código, genericamente, determine ao relator, argüída a inconstitucionalidade, a audiência do Ministério Público e a submissão do feito à Câmara ou Turma <sup>(140)</sup>, para declaração, casos há em que esse procedimento poderá deixar de ser observado:

a) — se for argüída a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público de cujo deslinde não dependa a decisão do processo;

b) — se a argüição não for referente à lei ou ato normativo do poder público;

c) — se a questão da constitucionalidade não for facultada ao Judiciário;

---

(137) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1970,

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

§ 1º — Argüída a inconstitucionalidade em processo de competência da Turma, observar-se-á o disposto no art. 12, I.

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

Art. 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 artigo 13, I, *in fine*:

I — sobre a prejudicial de inconstitucionalidade;

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

(138) Emenda nº 1 de 17 de outubro de 1969, artigo 116.

(139) Código de Processo Civil, artigo 481.

(140) Código de Processo Civil, art. 480.



d) — se a constitucionalidade já tiver sido solucionada no mesmo processo.

Deverá o relator, porém, ao fazer “nos autos uma exposição dos pontos controvertidos” (141) e, na sessão de julgamento, na “exposição da causa” (142), levar ao conhecimento dos demais juízes a existência da argüição que entendeu inadmissível.

Se os demais componentes, entretanto, considerarem deveria ter sido observado o rito específico do art. 480, o Ministério Público será ouvido e a questão submetida “à Turma ou Câmara a que tocar o conhecimento do processo”.

Tanto para rejeitar como para acolher a argüição a decisão da Câmara ou Turma será, como nas demais deliberações, por maioria simples: a Constituição Federal (143) somente exige maioria absoluta para declaração de *inconstitucionalidade*; a *acolhida* da argüição resulta, apenas, na remessa dos autos a Plenário.

Inexiste determinação constitucional ou legal no sentido de que a Câmara ou Turma, ao acolher ou rejeitar a argüição de inconstitucionalidade, decida por maioria absoluta dos seus membros, prevalecendo, conseqüentemente, a regra geral da plena validade do julgamento por maioria simples.

A argüição, “se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Tribunal Pleno”.

Comentando o correspondente dispositivo, referente à Uniformização da Jurisprudência, dissemos (144): “... considera dispensável a lavratura de acórdão na hipótese do art. 477 do CPC, preconizando a pura e simples remessa dos autos ao Tribunal, porém, entendemos que, *exatamente nesse acórdão*, deverão ficar delineados os termos da divergência da *quaestio juris*.”

No mesmo sentido a hipótese da argüição reputar inconstitucionais duas ou mais leis, total ou parcialmente, e a Câmara ou Turma considerar possível a eiva em apenas uma das leis, e parcialmente, e, nesse caso, unicamente seria submetida à apreciação do Pleno a possível inconstitucionalidade de *parte* da argüição: somente em acórdão, parece-nos, poderia a Câmara ou Turma consubstanciar, precisamente, sua deliberação.

Sabendo-se que a argüição será acolhida na medida do deliberado pelo Câmara ou Turma, e que, *nesse limite*, será a própria ma-

---

(141) Código de Processo Civil, art. 549, § único.

(142) Código de Processo Civil, art. 554.

(143) Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 116.

(144) Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol. V.

nifestação do Tribunal Pleno, à inexistência do acórdão mencionado no artigo 481, em última análise, seria submetida a plenário a *arguição oferecida* e não a *arguição acolhida*.

Reconhecida a inconstitucionalidade *parcial*, o restante da lei será aproveitado, salvo se a parte declarada inconstitucional influir, decisivamente, como esclarece ALEJANDRO GIGLIANI (145): "si al declarar inconstitucional desaparece la unidad del acto cuyas normas encierran una íntima conxión entre si, al punto de presumirse que el órgano no hubiera creado las válidas sin las otras entonces los jueces deben comprender todo el conjunto en la declaración de nulidad."

O acórdão, seguindo a regra genérica, será lavrado pelo relator, ou, se vencido, pelo primeiro juiz com voto vencedor (146), seguindo-se sua conferência e publicação (147).

O julgamento preliminar da Câmara ou Turma, acolhendo ou rejeitando a alegação de inconstitucionalidade, é *irrecorrível*, à semelhança do que ocorre com a correspondente decisão na hipótese do artigo 477 do Código, referente à Uniformização da Jurisprudência, valendo reproduzir o que ali dissemos (148):

"Note-se que a deliberação da Turma, Grupo ou Câmara, acolhendo ou não o pedido de audiência prévia do tribunal, torna-se irreatável após o anúncio do resultado e irrecorrível, como disse PONTES DE MIRANDA, comentando o prejudgado no Código anterior."

"Ainda dentro da sistemática do Código e segundo a hierarquia funcional, uma vez decididas a *quaestio juris* ou as *quaestiones iuris* pelo Tribunal, as Turmas, Câmaras ou Grupos suscitantes não têm qualquer atribuição para apreciar se o Tribunal julgou bem ou mal, ou se teria excedido o âmbito do pronunciamento prévio."

---

(145) ALEJANDRO GIGLIANI, "Del Control", pág. 71. O Pretório Excelso, dentre outros julgados, considerou a declaração parcial de inconstitucionalidade no Recurso Extraordinário nº 69.851, do Rio Grande do Norte, relator o Min. THOMPSON FLORES, in "Rev. Trim. de Jurisprudência", vol. 57, págs. 261/269 e na Representação nº 871, de Mato Grosso, relator o Min. OSWALDO TRIGUEIRO, in "Rev. Trim. de Jurisprudência", vol. 61, págs. 298/300.

(146) Código de Processo Civil, artigo 556: Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor.

(147) Código de Processo Civil, artigo 563: O acórdão será apresentado para a conferência, na primeira sessão seguinte à do julgamento, pelo juiz incumbido de lavrá-lo. Artigo 564: Lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de dez (10) dias.

(148) "Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro", vol. V.



"A decisão do Tribunal, ao resolver as *questiones iuris* que lhe foram propostas, passará a integrar, inexoravelmente, o acórdão que suscitou o incidente."

Argüida a inconstitucionalidade perante a Câmara, Turma, Grupo ou Câmaras Reunidas, a alegação poderá ser rejeitada ou acolhida <sup>(149)</sup>, na primeira hipótese prosseguindo o julgamento, sem interferência do Plenário na decisão; na segunda hipótese, porém, dar-se-á o julgamento *subjetivamente complexo*, no dizer de CALAMANDREI <sup>(150)</sup>, e o julgamento será feito por *dois órgãos*, no âmbito de suas respectivas atribuições, ou seja, constitucionalidade apreciada pelo Tribunal Pleno e a causa pelo órgão de menor composição numérica: julgamento *per saltum* <sup>(151)</sup>.

Diz o Código que, acolhida a argüição, "será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Tribunal Pleno" <sup>(152)</sup>, mas não indica *como* terá o Plenário conhecimento da hipótese.

No artigo correspondente à Uniformização da Jurisprudência, ficou determinado que, reconhecida a divergência pela Câmara, Turma ou Grupo, os **próprios autos** serão remetidos ao Presidente do Tribunal, "para designar a sessão de julgamento" <sup>(153)</sup>.

M. AFONSO BORGES <sup>(154)</sup>:

"8. Assevera Pontes de Miranda, que "no art. 477, relativo à divergência de interpretação, diz-se que, reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento". No art. 481, 2.<sup>a</sup> parte, enuncia-se que, sendo acolhida a argüição, "será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno". Não se fala de remessa de autos, mas sim, no art. 482, se estabelece claramente, que, remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento".

José Carlos Barbosa Moreira, outrossim, evidencian-do "o silêncio do Código acerca da forma pela qual se há de levar a questão ao conhecimento do plenário", en-

---

(149) Código de Processo Civil, artigo 481.

(150) CALAMANDREI, "Opere Giuridiche", vol. I, pág. 106.

(151) PONTES DE MIRANDA "Comentários à Constituição de 1967", vol. III pág. 564, "3".

(152) Cód. de Proc. Civil, art. 481, segunda parte.

(153) Cód. de Proc. Civil, art. 477.

(154) M. Afonso Borges — "Comentários ao Cód. de Proc. Civil", vol. II, pág. 174.

tende que neste caso, em face da omissão da lei, deverá prevalecer a disciplina prevista no regimento interno do tribunal.

Não há dúvida que a matéria é de competência dos regimentos internos dos tribunais."

No Estado da Guanabara, haveria a expedição de ofício ao Presidente do Tribunal, capeando cópia do acórdão e demais elementos pertinentes <sup>(155)</sup>, prevalecendo, pois, ao silêncio da lei, o disposto no Regimento Interno de cada Tribunal.

Com referência ao Pretório Excelso, especifica seu Regimento Interno que, "argüida a inconstitucionalidade em processo da competência da Turma", esta "remeterá o feito ao fulgamento do Plenário . . . quando houver relevante argüição de inconstitucionalidade, não decidida pelo Tribunal Pleno" <sup>(156)</sup>.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, disciplinando a "Declaração de Inconstitucionalidade" e a "Representação por Inconstitucionalidade", nos artigos 100 a 110, não determinou a remessa dos autos a Plenário, limitando-se a dizer que, "se perante qualquer dos órgãos do Tribunal for argüida, de ofício ou por algum interessado, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, *proceder-se-á conforme o disposto na lei processual civil*" <sup>(157)</sup>.

O Código, a seguir, esclarece que, remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o Presidente do Tribunal designará a sessão de julgamento <sup>(158)</sup>, sem indicar o relator do feito em Plenário, que, à semelhança do que ocorre com a Uniformização da Jurisprudência, deverá ser o mesmo do órgão suscitante: "No incidente epigrafado, a remessa dos autos é direta ao Presidente do Tribunal, já para a designação de julgamento, sem a prévia designação de relator, concluindo-se que o relator do feito deverá ser o próprio relator do acórdão, mencionado no artigo 477 do atual Código de Processo" <sup>(159)</sup>.

No mesmo sentido o prejudgado, no Código de 1939, *ut* artigo 1.º, § 3.º do Ato Regimental n.º 15, de 29 de dezembro de 1952, do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

---

(155) Ato Regimental, nº 14 do TJ do Estado da Guanabara.

(156) Regimento Interno do STF, de 18 de junho de 1970, art. 181, §§ 1º, 12 e 12, I.

(157) Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Resolução nº 2, de 2 de outubro de 1975, artigo 100, grifamos.

(158) Código de Processo Civil, artigo 482.

(159) "Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro", vol. 5, pág. 32.



Não apontando o Código o relator do processo no Tribunal Pleno, a questão se desloca para o âmbito do Regimento Interno de cada Tribunal e no Estado do Rio de Janeiro, "... nas declarações de inconstitucionalidade, permanecerá o relator do acórdão proferido pelo órgão suscitante" (160).

Para o julgamento, o Presidente designará dia e mandará publicar a pauta no órgão oficial, com espaço mínimo de quarenta e oito horas entre a publicação e o julgamento, afixando-se a pauta na entrada da sala em que se realizar sessão de julgamento (161).

O Plenário, porém, tem competência para apreciar a prejudicial de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público *nos limites propostos pelo órgão suscitante*, sem que lhe seja facultado o exame da parte que o Grupo, Câmara ou Turma já tiver considerado constitucional (162):

"Incumbe ao Plenário do tribunal pronunciar-se acerca da prejudicial de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público, ou da parte de uma ou de outro, a cujo respeito lhe houver sido submetida a arguição pelo órgão fracionário. O Plenário não tem competência para manifestar-se sobre o que não haja sido acolhido na arguição: naquilo em que o órgão fracionário a declarou inadmissível, ou negou a ocorrência de inconstitucionalidade, permaneceu competente para decidir a espécie, mediante a aplicação, sendo o caso, da lei ou ato normativo impugnado — e pode até *já haver decidido*. Da própria redação do artigo 481, 2.<sup>a</sup> parte, claramente ressalta que o acolhimento da arguição pelo órgão fracionário é pressuposto inafastável do conhecimento da questão pelo tribunal. Arguição rejeitada pelo órgão fracionário não se submete ao tribunal; arguição rejeitada em parte não se lhe submete *nessa parte*."

Poderá ocorrer, entretanto, que a arguição acolhida aponte a inconstitucionalidade perante determinado ou determinados dispositivos constitucionais, e o Plenário conclua pela inconstitucionalidade considerado *outro* ou *outros* dispositivos: a arguição não é *pedido*, mas *questão de direito*.

Se a arguição for referente a dois ou mais artigos da Constituição, segundo a doutrina, para que a lei ou o ato normativo do poder

---

(160) Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Resolução nº 2, de 2 de outubro de 1975, artigo 30, I, "b".

(161) Código de Processo Civil, artigo 552 e §§ 1º e 2º.

(162) J. C. BARBOSA MOREIRA, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V., pág. 51/52.

público seja declarado inconstitucional, será necessário que a maioria absoluta do Plenário assim o considere perante o *mesmo* dispositivo constitucional <sup>(163)</sup>.

“Se os fundamentos da alegação da inconstitucionalidade são dois ou mais, como se o argüente diz haver violação do princípio de isonomia (igualdade perante a lei, Constituição de 1967, art. 153, § 1.º), do princípio da liberdade de pensamento (art. 153, § 8.º) e do princípio do art. 153, § 2.º (princípio de legalitariedade), somente se pode apreciar a nulidade da regra jurídica ou do ato do poder público em relação a cada fundamento, de *per si*. Não basta, em tribunal de nove membros, que quatro digam só haver violação do art. 153, § 1.º, e não dos outros princípios, quatro, que só existe violação do art. 153, § 8.º, e quatro que só infringiu o art. 153, § 2.º. Não se somam como parcelas quantidades heterogêneas.”

Após a votação pelo Plenário, o Presidente anunciará o resultado, designando o relator para redigir o acórdão, que será conferido na sessão seguinte, publicadas suas conclusões no órgão oficial, no prazo de dez dias <sup>(164)</sup>.

A decisão do Tribunal Pleno que decidir da constitucionalidade será *irrecorrível*, segundo a doutrina e a jurisprudência do Pretório Excelso, embora entendam em contrário JOSÉ FREDERICO MARQUES <sup>(165)</sup> e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: “O apelo há de ser manifestado contra a decisão que diretamente e em primeiro lugar, enfrentou a matéria questionada. . .” <sup>(166)</sup>.

A verdade, porém, é que não cabe recurso extraordinário dessa decisão do Plenário porque, como ensina ODILON DE ANDRADE, para que se admita o recurso extremo, é imprescindível que a causa tenha sido decidida em *única* ou *última* instância, e “o Supremo Tribunal só tem o direito de interferir nas causas sujeitas à Justiça local quando esta desprezou todos os ensejos para emendar o erro cometido e consumou, de modo irremediável, a violação do Direito...” <sup>(167)</sup>.

---

(163) PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967”, com a Emenda nº

(164) Código de Processo Civil, artigos 556, 563 e 564.

(165) JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. IV 2ª edição revista, págs. 329/330. 1, de 1969, pág. 591.

(166) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, in *JUSTITIA*, 1958, nº 21, pág. 28.

(167) ODILON DE ANDRADE, “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1946, vol. IX, pág. 352.



Acresce a circunstância de que, à luz do Código, a decisão do Tribunal Pleno integrar-se-á, no *juízo complementar* que será feito pela Câmara, Grupo ou Turma, *deste* julgamento, então, cabendo o recurso extraordinário referente a todas as questões decididas, inclusive as de constitucionalidade, *que não ficaram preclusas* porque da decisão do Plenário *não há recurso* previsto em lei.

Não se argumente, por outro lado, no sentido de que essa decisão do Plenário, ante sua pretendida AUCTORITAS REI IUDICATÆ, não mais poderia ser cogitada no recurso da decisão final do órgão fracionário, porque o próprio Código esclarece *não fazer coisa julgada* "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo" (168).

Quando inexistia esse dispositivo do Código (art. 469, III), válida era a argumentação do Min. VICTOR NUNES LEAL: "Sr. Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, não haverá dois problemas distintos na ponderação de V. Exa. ? O primeiro é saber se existe a obrigação de recorrer da decisão do Pleno na questão constitucional, *sob pena de transitar em julgado*" (169).

O Pretório Excelso hoje firmou em Súmula orientação no sentido de que o recurso deverá ser da decisão final da Câmara, Grupo ou Turma. "A decisão que enseja a interposição de recursos ordinário ou extraordinário não é a do Plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão que completa o julgamento do feito" (170).

A decisão do Plenário que resolver o incidente da constitucionalidade, num ou noutro sentido, em se tratando de controle *incidental*, somente obrigará a Câmara, Turma ou Grupo correspondente na *mesma* relação jurídica em litígio (171):

"Nenhuma regra legal existe, porém, que a torne obrigatória *ad futurum*. Se a inconstitucionalidade foi declarada, o órgão fracionário não pode aplicar à espécie a lei ou o ato normativo; mas, ressuscitada que seja a questão a propósito de *outro* recurso ou de *outra* causa da sua competência originária, fica o órgão fracionário, à luz do Có-

---

(168) Código de Processo Civil, art. 469, III. O Código, aliás, em seu art. 468, somente dá força de lei à decisão que julgar, total ou parcialmente, *a lide*. Não tem aplicação, porém, ao incidente em tela, a extensão da coisa julgada constante do art. 470 porque, como esclarece o art. 5º; trata-se de evidenciar existência de *relação jurídica*, não de *constitucionalidade*.

(169) Min. VICTOR NUNES LEAL, Recurso de Mandado de Segurança nº 15.212, S.P. in "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 45, pág. 18, o grifo é nosso.

(170) Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal nº 513.

(171) J. C. BARBOSA MOREIRA, *ob. cit.*, págs. 54/55.

digo, livre de entender constitucional a mesma lei ou o mesmo ato e, sendo o caso, aplicar este ou aquela à nova espécie. Se não se declarou a inconstitucionalidade, nenhum dispositivo do Código obsta a que, noutra feita, volte a arguição a ser suscitada, acolhida pelo órgão fracionário e, eventualmente, pelo próprio Tribunal Pleno. A eficácia do pronunciamento é só *intraprocessual*."

ROBERTO ROSAS expõe, quanto ao prazo para arguir ou representar, com referência à inconstitucionalidade (172): "A eiva de inconstitucionalidade não pode ser atingida pela prescrição ou decadência. A qualquer tempo, pode ser alegada. A prevalecer o contrário, é legitimar a inconstitucionalidade somente pelo decurso do tempo."

Nesse sentido, a Súmula n.º 360 do Pretório Excelso, e, na Representação n.º 490 — BAHIA, de 9 de novembro de 1962, ressaltou o Min. PEDRO CHAVES (173):

"Quanto às preliminares de decadência, de inoportunidade de representação pela ausência de anormalidade na situação do Estado e da competência do Judiciário local, estou de pleno acordo com os fundamentos dados ao repeli-las pela notável peça do Dr. Procurador. Realmente, o decurso do tempo não é manta que possa consolidar a inconstitucionalidade de leis, pronunciamento que deve fulminá-la em qualquer tempo que seja argüido."

Declarada a inconstitucionalidade de lei ou decreto, total ou parcialmente, caberá ao Senado Federal suspender a respectiva execução; é o mandamento constante da Carta Magna (174) e que teve origem no direito francês do século XVIII (175), onde o *Senat Conservateur* tinha o controle das leis e requerimento do Executivo ou em consequência de decisão do Judiciário.

Essa função do Senado não se traduz em atitude meramente contemplativa, como expõe ALFREDO BUZAID (176): "... não se trata de operação ou ofício puramente mecânico, que reduz o Senado a simples cartório de registro de inconstitucionalidade. Examinará o julgado do ponto de vista substancial e formal, observadas as regras jurídicas da existência do *quorum*."

---

(172) ROBERTO ROSAS, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, pág. 93.

(173) Min. PEDRO CHAVES, Representação nº 490 — Bahia, de 9 de novembro de 1962, *In Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, vol. 18, pág. 116.

(174) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 42, VII.

(175) Constituição Francesa de 1799;

(176) ALFREDO BUZAID, "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade", pág. 128;



A doutrina, entretanto, não é acorde, ressaltando THEMISTOCLES CAVALCANTI <sup>(177)</sup> caber ao Senado, apenas, a adaptação do acórdão aos ditames da mecânica legislativa, enquanto afirma ROBERTO ROSAS <sup>(178)</sup>: "Por isso, deferiu-se ao Senado essa incumbência, *stricto sensu*, da suspensão da lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF; *stricto sensu* porque não lhe cabe maiores indagações sobre a decisão da Corte Suprema."

O Pretório Excelso, por seu turno, decidiu que "Não pode o Senado, ao exercer a atribuição que lhe confere o art. 64 da Constituição, rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal" <sup>(179)</sup>.

Para LÚCIO BITTENCOURT <sup>(180)</sup>, comentando o correspondente artigo 64 da Constituição de 18 de setembro de 1946, a participação do Senado teria por finalidade a mera divulgação do decidido pelo Judiciário.

Acreditamos que o dispositivo constitucional, realmente, procurou salvaguardar a harmonia e independência dos Poderes (embora o *decreto* seja ato do Executivo e a própria lei, na maior parte das vezes, tenha a participação do Executivo, através da respectiva sanção) e que, inegavelmente, ao Senado deverá ser conferido um conjunto de atribuições que exceda as simples funções de registro.

Aduz PONTES DE MIRANDA <sup>(181)</sup>: "... Na decretação de inconstitucionalidade é preciso que o Supremo Tribunal Federal tenha observado a regra jurídica do art. 116 (O Senado Federal, para exercer a sua função, pode examinar o julgado, que se lhe apresenta, em sua *existência* e em sua *validade*...)"

Interessante registrar que, na Áustria, anulada a lei, por inconstitucional, a anulação entrará em vigor na data de sua publicação, podendo a Corte de Justiça Constitucional fixar, para invalidar a norma, prazo de até seis meses <sup>(182)</sup>: "O pronunciamento da Corte de Justiça Constitucional que anula uma norma como ilegítima obriga a autoridade competente a publicar, imediatamente, a anulação. Esta

---

(177) THEMISTOCLES CAVALCANTI, "Do Controle da Constitucionalidade", pág. 163.

(178) ROBERTO ROSAS, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, págs. 123/124.

(179) Supremo Tribunal Federal, Recurso de Mandado de Segurança nº 16.519, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, in Revista Trimestral de Jurisprudência nº 38, pág. 569.

(180) LÚCIO BITTENCOURT, "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", pág. 145.

(181) PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969", vol. III, pág. 88.

(182) Constituição da Áustria, art. 139.

entra em vigor no dia da publicação, se a Corte de Justiça Constitucional não fixar, para a cessação da validade da norma, um prazo, que não pode exceder a seis meses."

Na Itália, a respectiva Constituição estabelece (183): "Quando la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità di una legge o di un ato avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione."

A atribuição do Senado, de suspender a execução, no *todo ou em parte*, de lei ou decreto, tem por limites a extensão do julgado do STF., não podendo, para exemplificar, a suspensão ser *total* se a decisão declarar a inconstitucionalidade *parcial*.

Poderão o Senado ou o próprio Pretório Excelso rever sua posição, no tocante à lei ou decreto declarados inconstitucionais, e com a respectiva execução já suspensa?

PONTES DE MIRANDA analisa as correspondentes hipóteses (184):

"Se o Senado Federal suspende a execução da lei ou ato, deliberação ou regulamento, e o Poder Judiciário volve a considerá-lo *constitucional*, ou à parte reputada, antes, por inconstitucional, *quid iuris*? Cumpre distinguir-se do novo julgado por maioria acidental o novo julgado por mudança real da jurisprudência? No último caso deve o Senado Federal levantar a suspensão, porém, aí, cabe-lhe discutir se a mudança é real, para que não haja desprestígio da Justiça e do próprio Senado Federal? (Sobre a *inconstitucionalidade* das leis e outros atos do poder público, veja-se o comentário aos arts. 119, III, e 116).

Suspensa a lei, não mais pode o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer tribunal, ou juízo, *aplicá-la*: não é eficaz; portanto, não incide. Se nova lei se faz e o Supremo Tribunal Federal não na tem como contrária à Constituição, é essa lei — e não a outra, a que sofreu a suspensão — que se aplica. Não há suspensão de suspensão, se bem que, ao primeiro exame, nos tivesse parecido admissível a volta atrás do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal."

---

(183) Constituição da Itália, art. 136.

(184) PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967" (Com a Emenda nº 1, de 1969), vol. III, págs. 88/89.



Registrou o STF., por outro lado, a inconstitucionalidade de segunda resolução do Senado, tendente a alterar o acórdão que determinou a resolução anterior (185).

Quanto à natureza do tema já foi dito que, "envolvendo e entrelaçando, intimamente, princípios de Teoria do Estado, de Direito Constitucional e de Direito Processual, não se exaure numa daquelas disciplinas, mas da primeira passa à segunda e desta à terceira, em uma progressão lógica, traduzindo e refletindo a unidade geradora já apontada o inquieto homem do século XX, empenhado na salvação de seu ser, *uti singulus* e *uti socius*, nas coordenadas do Estado de Direito" (186).

---

(185) Mandado de Segurança nº 16.512, Relator Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, in "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 38, pág. 5:

"Resolução do Senado Federal, suspensiva de execução de norma legal cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade de segunda resolução daquele órgão legislativo, para interpretar a decisão judicial, modificando-lhe o sentido ou restringindo-lhe o sentido ou lhe restringindo os efeitos."

(186) Prefácio de MIGUEL REALE, in "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", de ALFREDO BUZAID.