

O controle da constitucionalidade das leis

OSWALDO LUIZ PALU
Promotor de Justiça - SP

I - Constitucionalismo e Constituição

A idéia de Constituição, se bem que antiga⁽¹⁾, recebeu impulso decisivo no século XVIII com o movimento chamado constitucionalismo, que abalou a Europa e com influências até os nossos dias. Este foi um movimento que pretendeu estabelecer os regimes constitucionais, limitando os poderes dos governantes e delimitando as garantias individuais do cidadão. O racionalismo da época levou à elaboração da teoria da separação de poderes, sistematizada por Montesquieu e oposta à doutrina do poder absoluto.

A idéia de uma constituição escrita e, mais, de regras que sobrepairavam e organizavam o próprio poder, foi sedutoramente construída nessa época.

A respeito, Santi Romano, no sentir de que não basta pra definir constitucionalismo ressaltar a forma de governo que se encontra nos estados da época moderna, mas também convém notar que se trata daquela forma de governo não absoluto, entre tantos que a História tem registrado, que se distingue dos demais porque suas características típicas derivaram de um longo e importantíssimo movimento político ou doutrinário que, nos Estados do continente europeu, amadureceu com a Rev. Francesa, mas que de fato é muito mais antigo. Este movimento é precisamente aquele que, no que se refere à Europa, tinha por finalidade introduzir no continente uma ordenação semelhante àquela que há séculos vigorava na Inglaterra.

(1) - Manoel Gonçalves Ferreira Filho "Curso de Direito Constitucional" pág. 3

As suas origens estão, portanto, nas instituições anglo-saxônicas. Diz, a propósito, ter sido antigo e freqüentemente repetido o elogio das instituições constitucionais da Inglaterra e os valores mais relevantes que tornaram o direito inglês um modelo tantas vezes repetido são apontados, resumidamente:

I - uma evolução histórica lenta e progressiva, espontânea e natural, que não encontra similar em local algum no mundo, salvo no direito romano e no direito canônico; II - o processo histórico que formou tal direito permitiu uma conciliação feliz entre monarquia, aristocracia e povo, eis que a Coroa foi prudente em permitir a limitação dos poderes reais, com a participação das classes mais elevadas e dos comuns no Governo; não menos prudentes foram essas classes, ao evitar o enfraquecimento do poder central, que em outros estados era consequência da falta de regulamentação da força política dos feudatários e daquela tumultuosa e indisciplinada classe popular; III - a prática da democracia representativa (e não direta como em outros estados), através do parlamento bicameral, uma câmara composta dos pares do rei e lordes e outra de representantes do povo; IV - a repartição de tarefas e funções estatais, de modo racional e orgânico, sendo que a tarefa legislativa era atribuída ao rei e às duas câmaras, a função executiva controlada pelo parlamento e a função judiciária independente das demais; e V - ter tido o mérito de reconhecer as liberdades públicas, transformando em liberdades jurídicas o que em outros estados eram simples liberdades de fato ("Magna Charta Libertarum", de 1215; a Petição de Direitos de 1628; o "Habeas Corpus", de 1679; o "Bill of Rights", de 1689).⁽²⁾

A partir de então, tem-se a consagração das constituições escritas na imensa maioria dos países. Mas há que se meditar para que serve uma constituição. Existem inúmeros conceitos⁽³⁾, como o de Kelsen, para quem o principal papel de uma constituição diz com a norma que regula a produção (das outras normas) é a norma superior e a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão da dependência que resulta do facto de a norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nesses termos é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade dessa interconexão criadora. Se começarmos a tomar em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado.⁽⁴⁾

Para autores como Konrad Hesse, o objetivo a perseguir de uma constituição é "la unidad política del Estado. Porque Estado y poder estatal no pueden ser dados como supuesto, como algo preexistente. Ellos solo adquieren realidad en la medida que se consigue reducir a una unidad de actuación la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes en la realidad de la vida humana, en la medida en que consigue producir unidad política".

Segundo ele, a Constituição é a ordem jurídica fundamental da comunidade e não deve ser inalterável, mas permanecer incompleta e inacabada, "por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos". Deve ficar, pois, necessariamente, **aberta al tiempo**.⁽⁵⁾

Ainda de se apontar os cinco elementos fundamentais - mínimo irreduzível - segundo Karl Loewenstein, obrigatórios em uma constituição. São eles: I - a diferenciação das

(2) - Principios de Direito Constitucional, pág. 43 e segs.

(3) - Celso Ribeiro Bastos, "Curso de Direito Constitucional", pág. 40.

(4) - Hans Kelsen, "Teoria Pura do Direito", pág. 310.

(5) - "Escritos de Derecho Constitucional" pág. 3 e segs.

tarefas estatais e sua atribuição a órgãos diferentes, evitando-se a concentração em um só deles; II - um mecanismo que estabeleça a cooperação entre os detentores do poder e que haja controles recíprocos (checks and balances); III - um mecanismo que evite bloqueios e impasses entre os detentores do poder, para que um deles não seja tentado a resolver a situação por seus próprios meios; IV - um método de adaptação do texto legal às mudanças sociais e políticas que ocorrem, evitando-se o recurso à força ou à revolução, e V - a garantia e o reconhecimento das liberdades públicas.⁽⁶⁾

Por constituição, entende-se, portanto, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado e ao modo de aquisição e exercício do poder.

II - Origens do Controle da Constitucionalidade das Leis e sua Evolução Histórica

Pode-se encontrar o embrião do controle da constitucionalidade das leis no direito inglês, em seguida elaborado e desenvolvido nos Estados Unidos da América. A doutrina da supremacia da Constituição e o controle da constitucionalidade das leis foram "as grandes contribuições do direito norte-americano à História Universal do Direito".⁽⁷⁾

Como se sabe, a Constituição inglesa é uma junção de precedentes jurisprudenciais e textos esparsos, elaborados de modo descontínuo durante sua História. São eles a Magna Carta, de 1215, a "Petition of Rights", de 1627, o "Habeas Corpus Act", de 1679, o "Bill of Rights", de 1688, o "Act of Settlement", de 1700, o "Act of Union With Scotland", de 1707, o "Act of Union With Ireland", de 1800, e o "Parliament Act", de 1911.

Sobre eles tem o Parlamento poder ilimitado; na Inglaterra o poder do Parlamento não pode ser contrastado por nenhum outro órgão; exerce-o, entretanto, com prudência e serenidade, talvez um de seus segredos. Não tem o Poder Judiciário inglês competência para declarar inconstitucional uma lei votada pelo Parlamento (statute law).

No dizer de Harold J. Laski, citado por Sacha Calmon Navarro Coêlho: "A Constituição inglesa descansa sobre a soberania ilimitada do Parlamento. Não se reconhece idéia alguma como a de leis fundamentais; os estatutos que regulam a sucessão do trono podem ser mudados; do mesmo modo, os que regulam a venda de licenças tóxicas. Não se pode abarcar de um só golpe o sistema de limitações do poder do Governo e, por consequente, do Estado. Algumas vezes, como no 'Habeas Corpus Act', se encarnam em um estatuto, outras vezes, como no caso 'Entick v Cawington', se encontram em uma decisão judicial".⁽⁸⁾

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a propósito, diz sobre o sistema constitucional inglês que: "A Inglaterra não tem, portanto, leis constitucionais, no sentido estrito do termo, pois o poder do parlamento é sem contraste; () Ele é, na locução de Rui Barbosa, 'a constituição viva do país, a constituinte nacional em permanência, a vontade legislativa soberana'. O corpo constitucional desse povo se encontra em centenas de volumes, cheios de leis e de decisões de jurisprudência; é todo feito pedaço a pedaço".⁽⁹⁾

No Bonham's Case, de 1610, o Juiz Coke afirmou a superioridade da **Common Law** frente aos estatutos, um controle sobre a validade das leis. Disse então que "() That in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes

(6) - "Teoria de La Constitución", pág. 149 e segs.

(7) - E. García de Enterría, "La Constitución y El Tribunal Constitucional", Madrid 1985, pág. 123.

(8) - "O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988", pág. 36.

(9) - idem anterior pág. 38.

adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjuge such act to be void" (10)

Conquanto este seja o mais famoso, há outras decisões em igual sentido.

Em seguida, vem a contribuição do direito norte-americano, dois séculos após, no célebre caso *Marbury v Madison*, que é o paradigma do controle judicial da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário (*judicial review*). E tal competência não foi outorgada por assembleia, mas sim auto-atribuída pelo próprio Poder Judiciário; a Constituição norte-americana nada diz, expressamente, a propósito, eis que seu texto versa que:

"O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos Tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os Juizes, tanto da Suprema Corte como dos Tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por serviços prestados uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados; entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros." (11)

Com o surgimento das primeiras constituições escritas, surgiu também a base para o controle judicial da constitucionalidade, cabendo a Hamilton desenvolver em torno do assunto no nº 78 do *Federalista*, tendo em vista a constituição federal pendente, as seguintes observações: a interpretação das leis é função própria e peculiar dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos Juizes como lei fundamental. Pertence-lhes assim determinar seu sentido, bem como o de qualquer lei particular votada pelo Legislativo e, no caso de haver divergência irreconciliável entre ambas, preferir a vontade do povo, declarada na Constituição à do legislador, expressa na lei" (12)

Na famosa decisão do Juiz Marshall, pela primeira vez uma lei federal foi anulada, dizendo ele que se uma lei se encontra em contradição com a Constituição a alternativa é muito simples: ou se aplica lei e não se observa a Constituição, ou se aplica a Constituição, o que obriga a não aplicar a lei. E, esse segundo caminho é *the very essence of judicial duty*

Os antecedentes históricos da famosa decisão são os seguintes. Era Marshall o Secretário de Estado do governo Adams, ambos do partido Federalista, e este nomeara, nos últimos instantes de seu governo, dezenas de juizes de paz, antecedendo a posse do novo governo, Jefferson. Ocorre que por esquecimento ou falta de tempo, o secretário Marshall não entregou os títulos aos nomeados, deixando em sua mesa de trabalho, onde os foi encontrar Madison, sucessor de Marshall Jefferson, tomando posse, determinou que se entregassem apenas 25 títulos, anulando os demais e entre os prejudicados estava William Marbury. Este propôs (e os demais também) *writ of mandamus* contra Madison para ser empossado no cargo. A Suprema Corte, passados vários anos, não julgava o caso, o que desagradava profundamente a opinião pública, falando-se no *impeachment* de seus juizes. O Governo advertiu para a crise se a ordem fosse concedida. Marshall, já então nomeado Presidente da Suprema Corte, foi quem decidiu a ques-

(10) - Mauro Cappelletti. 'O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado' 1984. pág. 57

(11) - Constituição dos EUA. art. 3º, seções I e II.

(12) - Edward S. Corwin. "A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual" pág. 173

tão Admitiu a justiça da pretensão, no entanto preocupava-o a resistência do Executivo. Assim, invocou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei de 1789, no qual se baseavam os prejudicados, artigo esse que deferia à Suprema Corte a faculdade de expedir, diretamente, *writ of mandamus*, em desacordo com o artigo II, seção II do texto constitucional, que lhe conferiu, em princípio, jurisdição de apelação, contemplando expressa e excepcionalmente os casos de jurisdição ordinária. Inicialmente, os interessados deveriam postular diretamente nas Cortes de Distrito, para, em grau de recurso, se cabível, submeter o caso à Suprema Corte. Assim Marshall realiza uma retirada estratégica, eis que invocou a incompetência da Suprema Corte para decidir a respeito. Então, a sentença reconhecia o direito da Suprema Corte controlar a constitucionalidade das leis, sem no entanto reconhecer no caso concreto o direito dos recorrentes. Obteve, pois, vitória em dois campos: anulou possível reação do governo federal, que ocorreria se desse a vitória a Marbury e seus companheiros, e lançou princípio de que a Corte poderia anular leis do Congresso. "A eleição de Jefferson e a maioria republicana em 1801 equivalia, no entender dos federalistas, a uma ampla delegação popular aos eleitos, para substituir o princípio federalista da supremacia do governo central, pelo postulado republicano da soberania dos estados" E os federalistas estavam fortemente presentes no Poder Judiciário (13)

A partir daí, têm os norte-americanos o controle da constitucionalidade chamado difuso, onde qualquer Juiz, de qualquer instância, pode declarar inconstitucional ato normativo ou lei. É de se acrescentar que as decisões tomadas pela Suprema Corte, bem como pelas Supremas Cortes dos estados, têm efeito vinculante aos demais Juizes, que se obrigam a segui-la (*stare decisis*). Evidentemente que se a decisão for da Suprema Corte, todas as demais instâncias do Poder Judiciário deverão a ela obedecer; o efeito é *erga omnes* e a lei declarada inconstitucional torna-se, nos Estados Unidos, *dead law*. A base constitucional invocada para tal faculdade está na Cláusula de Supremacia (art. 6º, II) e no artigo 3º da Constituição. Mas a decisão citada é, inequivocamente, seu início.

É verdade que a Corte norte-americana, à semelhança com o Parlamento inglês, age com prudência e serenidade. Já deixou de enfrentar, muitas vezes, as chamadas questões políticas, como lembra Corwin: "Um caso 'surge sob essa Constituição, as leis dos Estados Unidos e tratados' destes Estados Unidos quando se exige a interpretação de umas ou outros e decisão final. Sendo embora o Poder Judicial extensivo a todos esses casos, em alguns deles não reclama a Suprema Corte, usualmente, plena liberdade de decisão. Refiro-me aos casos envolvendo as chamadas questões políticas, cujo melhor exemplo é fornecido pelas questões que dizem respeito aos direitos e deveres dos Estados Unidos em relação as outras nações. Quando tais questões são decididas pelos 'ramos políticos do governo', o Congresso e o Presidente, a Corte geralmente aceita a determinação como obrigatória, ao decidir casos que lhe são submetidos. Cabe, naturalmente, à Suprema Corte dizer, definitivamente, se uma questão é 'questão política' nesse sentido" (14)

O mesmo autor lembra as restrições do Congresso à atuação judicial, eis que este tem controle ilimitado sobre o número de Juizes da Suprema Corte, bem como o controle ilimitado sobre jurisdição recursal desta, e a jurisdição de todos os tribunais inferiores. Cita que, em 1869, o Congresso impediu a Suprema Corte de manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis de reconstrução, retirando de sua jurisdição um caso já debatido oralmente e pronto à decisão. Na Segunda Guerra Mundial, restringiu o direito de se

(13) - RONALDO POLETTI. 'O Controle da Constitucionalidade das Leis' Forense 1985 pág. 45

(14) - Ob. cit. pág. 172

argüir a invalidade das disposições da Lei de Emergência de Controle de Preços e dos Decretos do OPA, nela baseados, perante um único tribunal de apelação de emergência e em grau de recurso, perante a Corte Suprema⁽¹⁵⁾

Andre Hauriou comenta sobre esse caráter político das decisões da Suprema Corte:

"Malgré certaines dénégations, la Cour Suprême a toujours joué un rôle politique. Comme le constatait très justement le Chief-Justice Hughes, alors qu'il était encore Gouverneur de New-York: 'Nous sommes régis par une Constitution, mais cette Constitution est ce que les juges disent qu'elle est'. De même, le juge Holmes déclarait en 1917 'je reconnais sans hésitation que les juges légifèrent et doivent légiférer. De même, encore, Justice Jackson comparait, em 1941, la Cour Suprême à une convention constitutionnelle permanente qui, sans soumettre ses propositions à aucune ratification, peut modifier la loi fondamentale' (Droit Constitutionnel et des Institutions Politiques, pág. 431, 1970, Paris, Ed. Montchrestien)"

Estas as origens do engenhoso e pioneiro sistema difuso de controle da constitucionalidade. Vejamos a origem do sistema concentrado:

Na Europa, todo esse desenvolvimento originário da América não se fez sentir. Por razões várias, mas que poderiam ser resumidas: na Inglaterra pelo dogma da supremacia absoluta do Parlamento; em França, pela desconfiança devotada aos Juizes, oriunda da Revolução Francesa, onde se temeu, entre outras coisas, o seu espírito conservador. A Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791, título III, cap V, artigo 3º dispunha que: "Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni suspendre l'exécution des lois."

A atual Constituição da França, de 4 de outubro de 1958, criou o Conselho Constitucional no seu artigo 56 a quem cabe pronunciar-se sobre a regularidade das leis frente à Constituição. O espírito avaro ao Poder Judiciário na França é tão grande, que a atual Carta refere-se às 'Autoridades Judiciárias', jamais fazendo referência ao 'Poder Judiciário' e dizendo ainda que 'Ao Presidente da República cabe velar pela independência das autoridades judiciárias' (art. 64), sendo assistido pelo Conselho Superior da Magistratura.

É verdade que o poder atribuído ao Executivo no referido país é enorme, bastando se ver o artigo 16 de sua Carta Política, verbis:

"Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des Pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel" ("Sempre que as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais forem ameaçados por forma grave e imediata e o funcionamento dos Poderes Públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República adotará as medidas exigidas pelas circunstâncias, após consulta oficial ao Primeiro-Ministro, aos Presidentes de ambas as Câmaras e do Conselho Constitucional").

O controle dito concentrado surgiu na Áustria, em sua constituição de 1º de outubro de 1920, por influência de Hans Kelsen. Tal controle acabou sendo adotado na Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, etc.

Para o inspirador do Tribunal Constitucional austríaco, este não tem natureza jurisdicional, eis que "es, em consecuencia el tribunal constitucional un legislador, solo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo. El poder legislativo se ha escindido em dos: el legislador positivo, que toma a iniciativa de dictar y de innovar las leyes y el

(15) - Ob cit pág 179

legislador negativo, que elimina aquellas leyes que no son compatibles con la superior norma constitucional"⁽¹⁶⁾

Na Áustria o efeito das decisões é sempre *ex nunc*, salvo se o Tribunal estabelecer prazo para a entrada em vigor da decisão, que não poderá exceder um ano (art. 140, § 5º, 3º período). No entanto, ali se reconhece a eficácia retroativa em relação ao caso concreto. Entende-se por caso concreto todos os casos pendentes perante a Corte por ocasião do primeiro julgamento, a respeito do mesmo assunto. A lei cuja cassação foi pronunciada continua a vigor para os casos pretéritos, salvo decisão da Corte a respeito (art. 140, par. 7º e 139, § 6º).

Na Itália existe também uma Corte Constitucional prevista no artigo 134 da Constituição Italiana, *verbis*:

"La Corte Costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di atribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica ed i Ministri, a norma della Costituzione."

O mesmo se deu em Portugal, a teor do artigo 284 da Constituição Portuguesa, e, ainda, na Alemanha, entre outros.

III - A questão no Brasil

A Constituição de 1824 nada previu sobre controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário ou de Corte Constitucional. De se lembrar que, à época, havia o Poder Moderador, outorgado ao Imperador e que exercia o controle político, como em seu artigo 98, *verbis*:

"O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos"

Em 1891, por obra de Rui Barbosa, recebemos toda a influência norte-americana, sendo entregue ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis (ainda pela via de defesa, o único previsto então). Dispunha o artigo 59, § 1º, "b" que o STF era competente para conhecer de recursos quando a decisão impugnada "contestar a validade de leis ou 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 essas leis impugnadas"

Já, em 1934, a nova Constituição dispôs que o *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade seria o de maioria absoluta, bem como deu ao Senado a competência para suspender a execução de leis inconstitucionais. O Senado Federal teve, ainda, a elevada incumbência de 'promover a coordenação dos poderes federais entre si', bem como 'manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar demais atos de sua competência' (art. 88). E, no artigo 91, entre as inúmeras prerrogativas ao órgão citado, estavam as de:

"(...)

II - examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais;

(16) - E Garcia de Entera ob. cit pág 132

III - propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder;

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (...)"

Pela primeira vez, ainda, criou a Constituição uma espécie de controle de constitucionalidade concentrado, ao atribuir ao Procurador-Geral da República a prerrogativa de aforar a representação interventiva (art 12, § 2º).

O Senado passou a ser o grande coordenador dos Poderes da República, e já talvez por influência européia, controle da constitucionalidade passou a ser misto, isto é, judicial e político (Supremo Tribunal e Senado Federal), eis que não havia - ainda - o controle direto das leis.

Em 1946, promulgada a Constituição, esta pouco mudou em relação ao regime de 1934; no entanto, pela Emenda nº 16 de 26 de novembro de 1965 foi instituído, finalmente, o controle em tese da constitucionalidade das leis, sendo permitido que o STF conhecesse das representações propostas pelo Procurador-Geral da República com esse objetivo.

A Constituição de 1967/69 muito pouco alterou o quadro então existente, apenas suprimindo a previsão de que tal controle também fosse feito pelos Tribunais de Justiça dos Estados, em relação a leis municipais que violassem a Constituição estadual.

Instituiu também a possibilidade de que fosse deferida cautelarmente a medida

Finalmente, a Constituição de 1988, em vigor com as alterações dadas pela Emenda nº 3, diz, no que interessa a este trabalho, **verbis**:

"Art 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I. processar e julgar, originalmente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(.)

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

(.)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão efeito contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

E no artigo 103, **verbis**:

Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa da Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - Partido Político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado

§ 4º A ação direta de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República."

IV - Inconstitucionalidade. Definição

Se a Constituição é a norma superior que dá validade às normas inferiores, quando uma destas contraria a lei fundamental é inconstitucional. Mas essa contrariedade, como acentua Jorge Miranda é a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa, - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido

Assim, não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto também que os particulares, ao agirem na sua vida cotidiana podem contradizer ou infringir a Constituição e os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas e nem sequer a ofensa a normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do Direito Constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado ⁽¹⁷⁾

É doutrina clássica de Marshall e dos norte-americanos que uma lei que contraria a Constituição é nula. Seguindo os passos dos ensinamentos de Marshall, Cooley diz: "Segundo teoria decorrente no direito constitucional inglês, o Parlamento é quem exercita o poder supremo, e por conseguinte se também seus atos vão de encontro à Constituição, são contudo válidos e valem as modificações ou emendas a ela." Mas onde, como na América, a legislatura age em virtude de uma autoridade delegada, limitada pela própria Constituição, e o Poder Judiciário ter força para declarar a legitimidade de uma lei, uma disposição inconstitucional forçosamente decairá quando como tal for reconhecida pelos tribunais a cujo exame for submetida. Semelhante disposição rigorosamente não é uma lei, por que não estabelece regra alguma; é meramente uma fútil tentativa para estabelecer uma lei ⁽¹⁸⁾

É a opinião de Rui, para quem a lei inconstitucional é nula

Kelsen tem posição bastante diversa sobre o assunto; para ele, sobre ser uma contradição a afirmação que uma lei válida é "contrária à constituição", expõe que uma lei somente pode ser válida com fundamento na própria Constituição. Em seguida, diz que o significado último de lei inconstitucional apenas pode ser que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei (*lex posterior derogat lex prior*), mas também por um processo especial previsto na Constituição. Então, "enquanto a lei não for revogada, tem de ser considerada como válida e enquanto for válida, não pode ser inconstitucional". As leis ditas inconstitucionais são leis conforme a Constituição, anuláveis por um processo especial

É mesmo incompreensível no Direito um conceito como a nulidade; apenas a anulabilidade, em diversos graus, faz sentido lógico, ou seja, uma lei pode ser anulada para o futuro ou anulada com efeitos retroativos. Algo que produziu efeitos não pode ser nulo. A posição Kelseniana decorre de sua construção teórica sobre a validade das normas,

(17) - 'Manual de Direito Constitucional' pág 273

(18) - autor citado. ob. cit pág 274

onde a figura de uma pirâmide a ilustra didaticamente, sendo que é a própria Constituição que empresta validade ao ordenamento infra-constitucional.⁽¹⁹⁾

É apanágio das constituições rígidas o controle da constitucionalidade das leis, eis que é o modo de assegurar a supremacia do texto constitucional, retirando a validade das normas inferiores violadoras de seus postulados; sem ele, não se poderia falar em superioridade da constituição.

V – A Interpretação da Constituição. O papel do Supremo Tribunal Federal. A Declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos

Sem dúvida, ao contrário da época de Marshall onde a Constituição tinha apenas alguns artigos, rápidas declarações de direito e uma regulamentação a *voil d'oiseau* dos órgãos do Estado, as modernas – já sob as influências dos movimentos políticos dos sécs. XIX e XX – contém vasto rol de direitos sociais, minuciosa disciplina das atividades econômicas e verdadeiros programas de governo futuro, vinculando os poderes executivo e legislativo. Normas programáticas, constituições dirigentes são hoje termos usuais. Lembra José Afonso da Silva, a propósito da Constituição em vigor, que “assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programas de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se”⁽²⁰⁾

Kelsen escreveu em sua obra clássica, sobre o assunto:

“Se por interpretação se entende a fixação pela via cognoscitiva do sentido a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que, dentro dessa moldura, existem. Sendo assim a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente várias soluções que – na medida em que seja apenas aferidas pela lei a aplicar – tem igual valor, se bem que apenas uma se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal especialmente.

Dizer que uma sentença é fundada em lei não significa na verdade senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa, não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura geral. A jurisprudência tradicional crê, entretanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de outra e mais ampla função (...) A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única interpretação correta (ajustada) e que a justeza (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do direito tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não sua vontade e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito Positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do direito positivo (...) A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a interpretação correta, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito Positivo, não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política do direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, uma única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no

(19) - Thomas Cooley, 'Princípios Gerais de Direito Constitucional' pág 23

(20) - autor citado "Teoria Pura do Direito", pág 367 e segs

essencial, idêntica àquela tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas)” E, finalmente, conclui o mestre: “(...) Se queremos caracterizar, não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: Na aplicação do Direito, por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”⁽²²⁾

A interpretação da Constituição é tida por uma espécie de interpretação jurídica, apenas com algumas cautelas oriundas do fato de ser a Constituição a lei suprema e do caráter genérico de normas de estrutura, no mais das vezes, das disposições constitucionais. Ao Poder Judiciário coube, nos sistemas do *judicial review* esse poder: o poder de interpretar o texto que é o pacto político da sociedade. Perfeitas as palavras de Mauro CaSelletti, no sentido de que as modernas constituições contêm indicação dos valores supremos da sociedade, não se limitando a ‘dar uma ordem’, mas sim impor diretrizes e programas de ação futura.

Os poderes do intérprete da Constituição são – como se disse – a chave de abóbada do sistema constitucional. Sobreleva notar que atualmente a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão tem alargado a margem de decisão dos seus juizes, saindo do binômio constitucionalidade-inconstitucionalidade, como por ex. aceitando as “leis ainda constitucionais”, ou o “excesso de poder legislativo”⁽²³⁾ Tais tendências ecoam, evidentemente, em nosso País. Some-se a inconstitucionalidade por omissão, adotada na nossa Constituição já por modelo português, juntamente com o caráter diretivo de nossa Magna Carta, para se ter noção exata dos poderes do guardião precípua da Carta Magna.

O prof Celso Ribeiro Bastos em sua obra apresenta quatro pontos principais sobre a interpretação das normas constitucionais que devem ser observadas e que são as seguintes:

a) a inicialidade pertinentemente à formação originária do ordenamento jurídico em grau de superioridade hierárquica. Assim a Constituição não se interpreta com base em leis inferiores, bem como os vocábulos que usa devem ser interpretados partindo dela mesma e não de conceitos infra-constitucionais;

b) o conteúdo marcadamente político das normas, eis que a constituição é o “estatuto jurídico do fenômeno político” (Canotilho) e, sendo assim, o intérprete deve ter sensibilidade metajurídica, voltada para o trabalho permanente de conciliação da ideologia vigente – no meio à qual se destina – com aquela que transparece da norma produzida;

c) Estrutura e linguagem constitucional caracterizada pelas síntese e coloquialidade. A Constituição é lacônica, bem como o caráter sintético de suas proposições eleva o nível de abstração, o que dificulta a interpretação. Há que se levar em conta, pois, o princípio da unidade do texto constitucional. Assim, ‘a constituição corresponde a um todo lógico, onde cada provisão é parte integrante de um conjunto, sendo assim logicamente adequado, senão imperativo, interpretar uma parte à luz das previsões de todas as demais partes’. Diz ainda o ilustre Professor, citando Luis Carlos Sáchica, que a interpretação da normatividade constitucional ‘impone, a más de la técnica jurídica, amplios conocimientos del derecho, una sensibilidad política, un hondo sentido histórico, una visión de futuro, un severo realismo, una postura humanista, una capacidad creadora y una vigorosa orientación ética no comunes’; e

d) A predominância de normas de estrutura, em muito maior número que aquelas que impõem comportamento⁽²⁴⁾

(22) - autor citado, 'Teoria Pura do Direito' pág 466 e segs

(23) - GILMAR FERREIRA MENDES, pág 38 e segs

(24) - autor citado ob cit pág 103 e segs

Em arremate, deve-se notar que toda a interpretação, seja de lei ordinária, seja de norma constitucional leva aquele que aplica ou interpreta a norma a transparecer suas convicções políticas, filosóficas, jurídicas, sociais, culturais, pessoais, etc., e, entre as opções possíveis, a escolhida é aquela que mais se ajusta ao 'seu' modo de ver a realidade, inclusive ao 'seu' sentido do que é justo e correto, vale dizer, ao seu sentido de justiça, que, como sabemos, varia de época para época, de indivíduo para indivíduo, classe social para classe social, etc.⁽²⁵⁾

VI – Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Ao contrário da constituição italiana, que dispõe expressamente a respeito; verbis: "Artigo 136 Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione", a nossa nada diz sobre a eficácia das decisões de inconstitucionalidade de leis, se têm efeito **ex nunc** ou **ex tunc**.

Na via indireta, evidentemente que para o caso concreto submetido à decisão judicial tem este efeito **ex tunc**, eis que não teria sentido que a parte que alegou a inconstitucionalidade de uma lei em via defensiva não fosse por ela abrangido.

Ocorre que o Senado Federal pode suspender a execução da lei, após a decisão do Supremo Tribunal Federal. Discute-se se, após tal pronunciamento, existe a irretroatividade ou a retroatividade, **erga omnes**.

Há opiniões respeitáveis nos dois sentidos, mas, parece mais razoável e acertada aquela que entende que, mesmo após suspensão da decisão pelo Senado Federal, o efeito é meramente **ex nunc**. Pensa assim Themístocles Brandão Cavalcanti, ou seja, que a suspensão pelo Senado opera somente a partir daí, respeitadas as situações jurídicas criadas anteriormente.⁽²⁶⁾

Do mesmo sentir é Regina M. Macedo Nery Ferrari, verbis: "Parece-nos claro, dentro de tal colocação de idéias, que só a partir da suspensão pelo Senado é que a lei perde a eficácia, o que nos leva a admitir seu caráter constitutivo. A lei até tal momento existiu e, portanto, obrigou, criou direitos, deveres, com toda a carga de obrigatoriedade e só a partir do ato do Senado é que vai passar a não mais obrigar; já que enquanto tal providência não se concretizar, pode o próprio Supremo, que decidiu pela sua invalidade, alterar seu entendimento, conforme manifestação dos próprios Ministros do STF, em voto proferido na decisão do mandado de segurança 16 512, de maio de 1966."⁽²⁷⁾

Assim, na via indireta, parece-nos que o efeito é, somente para o caso concreto, **ex tunc**; após a manifestação do Senado, **erga omnes** e **ex nunc**.

Já na via direta, majoritariamente, se pensa que a declaração tem efeitos **erga omnes** e **ex tunc** (por ex. Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, José Celso de Mello Filho), sendo essa também a jurisprudência do STF, com alguns temperamentos dependendo do caso concreto.

De se notar que na via direta independe de manifestação do Senado Federal para que tais efeitos (**ex tunc** e **erga omnes**) sejam alcançados, sendo que o próprio Supremo Tribunal não mais remete ao Senado Federal suas decisões, o que está de acordo inclusive com o seu regimento (artigo 169 e segs.).

(25) - Para maior aprofundamento no assunto, vide Kelsen, 'A Justiça e o Direito Natural' Armênio Amado Coimbra pág. 172

(26) - autor citado, "Do Controle da Constitucionalidade", pág. 197.

(27) - autora citada, "Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade" pág. 116

Os efeitos retroativos são atenuados em alguns casos, como por ex., no de funcionários públicos nomeados irregularmente e, ao depois, declarada a norma inconstitucional, os atos por eles praticados têm sido considerados válidos.

Mas reina alguma controvérsia sobre a questão, a ponto de José Afonso da Silva afirmar que a novel Constituição "deixou a mesma indefinição do sistema anterior, sem dizer se se aplicará também, à declaração em tese, a suspensão prevista no artigo 52, X, que por seus termos somente se refere à declaração **incidenter tantum**. De fato, se esse dispositivo fala em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, parece que 'definitiva' trata-se de uma conclusão de uma série de decisões"⁽²⁸⁾

VII – A atuação do Senado Federal

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 52, inciso X, que compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

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

Em realidade, essa incumbência do Senado é oriunda da Carta política de 1934, que dispunha de modo semelhante (ver *supra*)

De se notar que, àquela época, não havia no ordenamento jurídico do País ainda a ação direta de inconstitucionalidade de lei em tese, apenas sendo criada a ação direta interventiva, justamente na Carta em referência; o único modo de se impugnar uma lei por inconstitucionalidade, então, salvo a hipótese específica da intervenção federal, era a via de defesa (o controle direto concentrado somente veio à lume com a emenda nº 16/65).

Sobreleva notar que o Senado, na Constituição de 1934, recebeu tarefa maior, ou seja, era mais que um poder do Estado, cabendo-lhe coordenação entre os demais poderes, sendo que mantinha relações diretas e profundas com os demais, bastando se ver a redação do texto constitucional de então.

Além disso, houve evidências de que o constituinte de 1934 pretendia criar uma espécie de Conselho Federal, órgão para desempenhar o poder moderador, entre outras coisas para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais. Não parece ter sido a criação da CF de 1934, uma simples cópia do **stare decisis** norte-americano adaptada.

Tal idéia não vingou e a solução foi atribuir ao Senado, então, referida atribuição. E, se à época não havia outro tipo de controle de constitucionalidade que não a via de defesa, parece evidente que se pretendeu criar um sistema misto de controle da constitucionalidade: judicial e político (Supremo e Senado).

Com a criação da ação direta em tese, pela emenda nº 16/65 e, especialmente com a posição do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada em julgados e no seu próprio regimento interno, de não remeter ao Senado Federal decisões tomadas em ações diretas de inconstitucionalidade, mas tão-somente na via indireta, o sistema brasileiro ficou peculiar.

A Corte fez uma distinção onde a própria lei não distingue. Tanto a Constituição anterior, no seu artigo 42, VII, como a atual, no artigo 52, X, nada dizem a respeito de que a comunicação do Supremo Tribunal Federal ao Senado é somente exigível na via indireta, não na concentrada; apenas dizem que o Senado suspenderá a lei após decisão definitiva do STF, o que permite ainda alegar que a Constituição pretendeu entre nós um sistema misto, judicial (Supremo) e político (Senado), sendo que este, evidentemente, como Câmara Alta que é, não está obrigado a suspender automaticamente a lei, ficando

(28) - autor citado ob. cit. pág. 52

o prazo para fazê-lo a seu critério exclusivo, inclusive podendo aguardar a estabilização da jurisprudência do STF, reiteração de decisões, etc.

Entretanto o nosso STF, seguindo os passos da Suprema Corte que retirou das dobras' da Constituição norte-americana o controle da constitucionalidade das leis (lá não previsto expressamente), aqui também o fez, indo além do que foi a Constituição. Nas ações diretas, com efeito retroativo e erga omnes, não sendo necessária a comunicação para a suspensão por parte do Senado, tem-se algo parecido com o *stare decisis* norte-americano.

No Brasil não se pode dizer, hoje, que o controle é judicial, exclusivamente, eis que na via difusa o ato do Senado é indispensável. Parece ter pretendido o constituinte criar um sistema misto no País (ao menos não exclusivamente judicial); o STF não o aceitou, todavia

Então, eis que já introduzido entre nós o controle concentrado, e cabendo ao STF precipuamente a guarda da Constituição Federal, perdeu a razão de ser de qualquer comunicação ao Órgão Político para a suspensão de leis, o que já não ocorre sempre (na via concentrada é dispensável) e, dadas as peculiaridades do País, não seria adequado exigí-lo

Sistema incompleto, com um ramo judicial (via direta) e com um ramo misto (via indireta, judicial e político), *data venia* tal participação do Senado deveria ser extinta de uma vez, adotando-se em todos os casos a solução do *stare decisis*.

VIII – A posição do STF em algumas matérias. Jurisprudência

Não tem aceito o STF declarar a inconstitucionalidade de resoluções administrativas, sem poder algum de abstração, que não se enquadram na previsão do artigo 102, I, letra "a" da CF, assim: "ação de inconst. das res. 3 de 18 de agosto de 1988 e 28, de 4 de janeiro de 1989 do Conselho Federal de Desestatização, bem como Dec. 95 886 de 29 de março de 1988. Pedido de Cautelar tendente à sustação de leilão das ações de Forjas Acesita S/A. Indeferimento, pois, para possuir efeito útil, a providência demandaria a apreciação de relação jurídica concreta, cuja possibilidade de impugnação não se enquadra na previsão do artigo 102, I, "a" da CF, restitua aos atos normativos" (Adinconst. 50-1 - DF - j. 24.5.89 - Rel. Min. Otávio Gallotti).

No que concerne aos pressupostos da medida cautelar, a posição da Corte é no sentido de exigir ser demonstrada a plausibilidade jurídica da tese (*fumus boni juris*) e na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão: *periculum in mora*, na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados e na necessidade de garantir ulterior eficácia da decisão. "A excepcionalidade da medida cautelar incidente nas ações diretas de inconstitucionalidade deve ser considerada como um expressivo fator limitativo de sua concessão. A questão da presunção *juris tantum* da constitucionalidade dos atos estatais" (Adinconst. 96-9 - RO - j. 18.10.89 - Rel. Min. Celso de Mello).

Em relação à atuação da Advocacia-Geral da União em matéria de controle da constitucionalidade por omissão, decidiu a Suprema Corte que: "A audiência do Advogado-Geral da União prevista no artigo 103, § 3º da CF de 1988 é necessária na ação direta de inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo (já existentes) para que se manifeste sobre o ato ou texto impugnado - não porém na ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no § 2º do mesmo dispositivo, pois nesta se pressupõe, exatamente, a inexistência de norma legal ou ato normativo" (29).

(29) - Adinconst. 23-3 - SP - Rel. Min. Sydney Sanches

Entendeu também o STF que o órgão citado é obrigado a atuar como curador especial da constitucionalidade do ato impugnado; algo semelhante ao curador previsto no artigo 222 do Código Civil, que sempre deverá defender a preservação do casamento nas ações de nulidade e anulação, sendo impossível ao Advogado-Geral admitir a invalidade do ato impugnado (30).

Data venia da posição do STF, não vejo como o Advogado-Geral da União poderia ser compelido a 'defender o ato impugnado' quando, por exemplo, a ação versar sobre lei estadual e esta lei ferir interesses da própria União, seja invadindo esfera do legislador federal, seja criando impostos de competência exclusiva sua. O Advogado-Geral da União passaria a defender interesses contrários à própria pessoa jurídica que representa

Ademais, nomeado pelo Presidente da República, em cargo de confiança, poderia ser obrigado a defender textos legais que o próprio Chefe do Poder Executivo vetara (na hipótese de rejeição do veto pelo Congresso Nacional).

Não me parece, *data venia*, a melhor solução.

Lei revogada sob o manto da Constituição anterior não admite ação direta, eis que o contraste deve ser sempre com a Constituição em vigor. (31) Também já ficou assente que a lei anterior não pode ser questionada ante a Constituição superveniente; o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado face à Constituição vigente. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais as leis anteriores com ela incompatíveis: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios; seria ilógico se a lei suprema não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que as leis ordinárias (32).

IX – O controle na órbita estadual. A comunicação à Assembléia ou Câmara. A defesa do ato impugnado

Houve a previsão, na Constituição Federal em seu artigo 125, § 2º, que:

"Cabe aos estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face à Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir para um único órgão"

Tal dispositivo foi uma inovação, que atendeu em parte aos reclamos da doutrina eis que a Constituição anterior apenas previa a representação interventiva, no seu artigo 15, § 3º, "d", *verbis*: "quando o Tribunal de Justiça der provimento à representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como para prover a execução de lei ou ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao reestabelecimento da normalidade."

É sabido que a constituição de 1969 não fez repetir o disposto no artigo 124, XIII da Constituição de 1946 (com a redação dada pela emenda nº 16 de 26 de novembro de 1965), *verbis*: "A lei poderá estabelecer processo de competência do Tribunal de Justiça, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a constituição do Estado".

No silêncio de tal dispositivo e em vigor a CF/69, a Constituição anterior do Estado de S. Paulo dispôs em seu artigo 51, parágrafo único, que cabia ao Tribunal de Justiça conhecer das representações por inconstitucionalidade de leis ou atos estaduais ou municipais, propostas pelo Procurador-Geral do Estado, "por determinação do Governador, ou solicitação do Prefeito ou Presidente da Câmara interessados".

(30) - Adinconst. 72-1 - ES - Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

(31) - Adinconst. 61-6 - DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

(32) - Adinconst. 521-9 - DF - Rel. Min. Paulo Brossard.

O STF, entretanto, não entendia assim, e não vinha permitindo o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos, em tese, na órbita estadual⁽³³⁾ E era pacífico que não cabia ação direta de lei municipal frente à Constituição Federal (RE 91 940-RS; 92 287-PR, RTJ 97/428; RE 94 039-SP, RTJ 102/724; RE 99 267-RS, RTJ 124/612, etc).

No entanto, face à redação atual do citado artigo da Constituição Federal, não há dúvida alguma de que existe ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal ou estadual, frente à Constituição do Estado.

Mas, e se a lei municipal for contrária ao texto da Constituição Federal?

A Constituição Federal, como vimos, nada diz a respeito, e a Constituição do Estado de São Paulo dispôs no seu artigo 74 que cabe ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente:

(..)

VI - A representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados face a esta Constituição; o pedido de intervenção em município e a ação de inconstitucionalidade por omissão, em face a preceito desta Constituição

(.)

XI - A representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contestado em face à Constituição Federal.

Ocorre que o inciso XI da Carta Paulista foi suspenso liminarmente em ação direta de inconstitucionalidade proposta no STF (Adinconst. nº 347 - SP), da qual até o momento não se tem notícias de julgamento final. Portanto, na órbita estadual não é possível a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal contestada em face da Constituição Federal, face a ausência de previsão expressa da CF e suspensão do inciso XI do artigo 74 da CE Paulista.

A Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo propôs ação direta de inconstitucionalidade, ante o Tribunal de Justiça do mesmo Estado, da lei tributária municipal nº 11.152 de 30 de dezembro de 1991 que dispôs sobre o IPTU no Município da capital do Estado, obtendo a suspensão liminar dos efeitos da lei, especificamente no que dizia respeito à progressividade do tributo.

A Municipalidade aforou, então, reclamação no Supremo Tribunal Federal (nº 383-3 - Rel. Min. Moreira Alves), aduzindo que o Ministério Público Estadual invocou na ação dispositivos da Constituição Federal, apenas repetidos na Carta Estadual, o que tornaria impossível a ação direta, em afronta à própria decisão do STF que suspendeu liminarmente o referido inciso XI do artigo 74 da CE Paulista.

E, após longo e memorável debate, foi voto vencedor o eminente Min. Moreira Alves, julgando improcedente a reclamação, entendendo poder ser questionada lei municipal face à Constituição Estadual, mesmo quando esta se limita a repetir preceitos da Constituição Federal. Alguns trechos de seu voto:

"Em se tratando de matéria tributária, não é exato que os princípios tributários que se aplicam ao Estado e aos Municípios sejam exclusivamente de competência federal constitucional ou complementar. Como se vê do artigo 24 da CF, há competência concorrente entre União e Estados - não assim em relação aos municípios (.) E, se é verdade que as normas de reprodução não têm eficácia jurídica como tais, mas têm, verdadeiramente, a natureza das normas de hierarquia superior, reproduzidas, ter-se-á de concluir que a norma federal ordinária, que reproduza texto da Constituição Federal não tem eficácia jurídica, não dando margem portanto, à interposição de recurso especial, pois dissimula uma norma constitucional que é juridicamente eficaz."

(33) - RTJ 93/458 e 461

Ainda deve-se dizer que pela Constituição Paulista, o controle da constitucionalidade exercido será comunicado à Assembléia ou Câmara interessadas, para a suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo (CE, artigo 90, § 3º), sendo o controle, aqui, judicial e político, orientação que é seguida, evidentemente, no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (art. 667 e segs.)

Por fim, quando o tribunal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, citará previamente o Procurador-Geral do Estado, a quem caberá - à semelhança do Advogado Geral da União - defender o ato impugnado (CE, art. 90, § 2º).

A mesma observação pode-se fazer: se o Procurador-Geral do Estado for obrigado a defender o ato impugnado sempre, poderá vir a advogar causa de Municípios que legissem em matéria exclusiva do Estado ou que diminuam a receita do último, alterando hipóteses de incidência ou a base de cálculo de seus tributos sobre aqueles do Estado.