

## "O Controle da Constitucionalidade"

Cássia Celina P. M. da Costa\*

Antes de adentrar de forma concisa no tema em foco, se faz mister enfatizar que o desprezioso artigo que se segue, aborda um assunto, tido pelos doutrinadores constitucionalistas, como sendo de enorme relevância no estudo do Direito Constitucional: "O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE". Para o douto Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, controlar a constitucionalidade, significa "verificar a adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição. Ainda seguindo os ensinamentos do ilustre mestre mencionado, "tal verificação de constitucionalidade de ato jurídico, envolve tanto os requisitos formais: subjetivos, como a competência do órgão que o editou e objetivos, como a forma, os prazos, os ritos, observados em sua edição; quanto os requisitos materiais: que diz respeito aos direitos e garantias consagrados na Constituição. Nos Estados Democráticos de Direito, tem-se como critério de essencialidade a obediência aos preceitos formais ou materiais, regente do Direito, explícitos ou implícitos na Carta Magna, que é a "viga mestra" do ordenamento jurídico vigente. A existência do referido controle tem como antecedente a rigidez constitucional que, por sua vez, pressupõe a supremacia da norma fundamental em relação as demais produzidas pelo órgão constituído. Destarte, nenhuma espécie normativa que, necessariamente, decorre da Lei Maior pode modificá-la ou, sequer, contrariá-la. Especificamente, os Poderes Executivo e Legislativo, ao editar, respectivamente, atos administrativos ou normativos, devem delimitar-se às diretrizes estabelecidas no texto constitucional pátrio. Conseqüentemente, as espécies normativas que venham a violar ou, descumprir a "'Lex Maior'", devem ser expelidas do ordenamento legal, após o efetivo controle de eficácia jurídica, manifestado através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Ação ou Omissão (inação) e, ainda, através da via de exceção (ou de defesa), ou seja, o controle incidental de efeito "inter partes" e "ex tunc" sobre uma lei ou ato normativo "em concreto", operando como verdadeira questão prejudicial da lide principal num processo judicial em curso. Há, também, aditivada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional (EC) nº 3/93, a Ação Declaratória da Constitucionalidade, que objetiva eliminar quaisquer dúvidas quanto à eficácia jurídica de leis federais perante à Constituição federal. O sistema de controle do texto constitucional brasileiro, assim como o da maioria dos Estados soberanos cujas Constituições são rígidas, é, indubitavelmente, o controle jurisdicional, executado, principalmente, pelo Poder Judiciário. Todavia, algumas nações adotam o sistema de controle político e, ainda outras, o misto. Como formas de controle, em nosso ordenamento jurídico, estão previstos os tipos:

preventivo ( que se dá antes que o ato, particularmente a lei, se aperfeiçoe) e o repressivo (que é o que opera depois de perfeito o ato, de promulgada a lei). No sistema legal pátrio, são permitidos dois meios de controle da constitucionalidade: o difuso ou, orgânico (que é realizado por qualquer juiz); ou, o concentrado (que é de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal - nossa Corte Suprema). Pelo exposto, conclui-se que o assunto abordado, resumidamente, no artigo em anexo, é de suma relevância, pois, para que seja assegurada a superioridade da Carta Suprema, se faz preciso efetivar um crivo, um controle sobre os atos jurídicos conflitantes ou violadores dos preceitos estabelecidos na referida Carta Maior e, ainda, também através de controle, tentar suprir a omissão (inércia) do Poder competente, quanto à falta de regulamentação legislativa às normas de eficácia contida ou limitada previstas no bojo constitucional. Como conclusão deste modesto artigo, segue, para reflexão, um trecho do texto de "Oração aos Moços" (famoso discurso do eminente e saudoso Rui Barbosa, à turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo), cuja edição popular foi anotada pelo Chefe do Setor de Filologia da Casa de Rui Barbosa, Prof. Adriano da Gama Kury. "Na Constituição brasileira, a mão que o poeta não via em sua república e em sua época, a mão sustentadora das leis, aí a temos, hoje criada, e tão grande, que nada lhe iguala a majestade, nada lhe rivaliza o poder. Entre as leis, aqui, entre as leis ordinárias e a lei das leis, é a justiça quem decide, fulminando aquelas, quando com estas colidirem... Dessas democracias (referindo-se às federações de molde norte-americano), pois o eixo é a justiça, eixo não abstrato, não supositício, não meramente moral, mas de uma realidade profunda, e tão seriamente implantado no mecanismo do "regimén", tão praticamente embebido através de todas as suas peças, que, falseando ele ao seu mister, todo o seu sistema cairá em paralisia, desordem e subversão. Os poderes constitucionais insolúveis, as franquias constitucionais ruirão por terra e, da organização constitucional, do seu caráter, das suas funções, das suas garantias apenas restarão destroços. Eis o de que nos há de preservar a justiça brasileira, se a deixarem sobreviver, ainda que agredida, oscilante e malsegura, aos outros elementos constitutivos da república, no meio das ruínas, em que mal se conservam traços da sua verdade" .

\*\*\*\*\*

## **O Controle da Constitucionalidade**

### **I. Introdução**

A título de introdução ao tema proposto, verifiquemos, primeiramente, os acórdãos que se seguem:

1º) 16/3/94 - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE FEDERAL**

TRIBUNAL	PLENO	889-7	DISTRITO
RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO REQUERENTE:	PROCURADOR-GERAL		REPÚBLICA
DA			
REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA			

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 23 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - CENSORES FEDERAIS.

A existência de lei versando sobre a regulamentação prevista no inciso XVI do artigo 21 da Carta Federal, sem a disciplina do aproveitamento dos censores federais, apenas confirma a omissão do Poder Executivo no encaminhamento de projeto com o qual se almeje imprimir eficácia à norma do parágrafo único do artigo 23 do Diploma Maior.

2º) 28/5/97 - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1252-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	:	MIN.	MAURÍCIO	CORRÊA
REQUERENTE:		PROCURADOR-GERAL	DA	REPÚBLICA
REQUERIDO:		PRESIDENTE	DA	REPÚBLICA
REQUERIDO:		CONGRESSO		NACIONAL
REQUERIDO:		CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - CNPS		

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DÉBITO JUDICIAL. DISPENSA DE PRECATÓRIO TENDO EM CONSIDERAÇÃO O VALOR DA CONDENAÇÃO: ART. 128 DA LEI 8.213/91. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA NORMA FRENTE AO DISPOSTO NO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESOLUÇÃO Nº 5 DO CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: ART. 5º. NÃO CONHECIMENTO.

1. O preceito insito ao art. 100 da Constituição Federal proíbe a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais, tendo em vista a observação de preferência. Por isso, a dispensa de precatório, considerando-se o valor do débito, distancia-se do tratamento uniforme que a Constituição objetivou conferir à satisfação dos débitos da Fazenda.

1.1. Inconstitucionalidade da expressão contida no art. 128 da Lei 8.213/91: "e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil".

2. Art. 5º da Resolução no 5 do Conselho Nacional de Previdência Social. Controvérsia que se circunscreve à legalidade e não constitucionalidade do ato normativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, nesta parte.

2.1. A Resolução está umbilicalmente vinculada ao art. 128 da Lei 8.213/91, e a declaração de inconstitucionalidade parcial deste preceito retira-lhe o sustentáculo para a sua existência na ordem jurídica e, por consequência, a sua aplicabilidade.

Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente. No primeiro acórdão demonstrado acima, após o julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade por Omissão, foi constatada a omissão do Poder Executivo no encaminhamento de projeto com o qual se objetive regulamentar o aproveitamento dos atuais ocupantes do cargo de censor federal<sup>1</sup>. No segundo, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, configura-se a inconstitucionalidade do disposto no art. 128 da Lei 8.213/91,<sup>2</sup> tendo em vista que o pagamento dos créditos contra a fazenda pública, sem precatório, de valor não superior a Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros), fere ao princípio constitucional da isonomia. Como pudemos observar nos acórdãos supra expostos e, ainda, seguindo os ensinamentos do Prof. Michel Temer, "controlar a constitucionalidade de lei<sup>3</sup> ou ato normativo<sup>4</sup> significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão". Destarte, antes de avançar-se nas filigranas da cientificidade do tema abordado, se faz mister ressaltar que o antecedente viabilizador do controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, é a supremacia constitucional, ou seja, a superioridade escalonária das regras constitucionais em relação as demais espécies normativas, tal controle, resguarda a manutenção da superioridade das normas constitucionais perante as demais infraconstitucionais existentes nas constituições rígidas. Quando num Estado a Constituição for flexível, não será possível haver controle de constitucionalidade das espécies normativas, pois o poder constituinte perdurará ilimitado às mãos do legislador que, poderá a sua vontade, modificar as normas constitucionais, em razão de não haver supremacia destas sobre as ordinárias. Pelo exposto, conclui-se que, somente haverá controle da constitucionalidade se houver supremacia constitucional, existente apenas em constituições rígidas.

## **II. Origem do Controle da Constitucionalidade**

A origem do efetivo controle de eficácia jurídica se deu nos Estados Unidos, sob a égide de uma Constituição que não o estabelece expressamente, através do juiz Marshall, no caso "Marbury versus Madison" que reconheceu sendo a Constituição americana o sustentáculo do Direito e, como tal, imutável por meios normativos ordinários. Todas as leis infraconstitucionais divergentes da sua substancialidade, deveriam ser consideradas como nulas e, conseqüentemente, desobrigadas a particulares. Em decisão no referido caso, tal juiz consubstanciou o Poder Judiciário como competente para decidir quanto à constitucionalidade de uma espécie normativa. No Brasil, o controle da constitucionalidade foi instituído com a Constituição de 1891, sob a influência do constitucionalismo norte-americano. As constituições posteriores à de 1891, introduziram novos elementos e inovações até chegar ao atual controle da constitucionalidade que é jurisdicional, se dá por via de ação ou exceção e combina os critérios difuso e concentrado.

## **III. Conceituação de Controle da Constitucionalidade**

Seguindo os ensinamentos do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, conceitua-se controle da constitucionalidade como a "verificação da adequação de um ato jurídico

(particularmente da lei) à Constituição".<sup>5</sup> É a verificação da compatibilidade das espécies normativas infraconstitucionais em relação à Constituição do Estado. Marcelo Caetano leciona que "a inconstitucionalidade é o vício das leis que provenham de órgão incompetente, ou que não tenham obedecido à elaboração prevista ou, que contravenham os princípios da Constituição".<sup>6</sup>

#### **IV. MODALIDADES DA INCONSTITUCIONALIDADE**

Três são as modalidades da inconstitucionalidade das espécies normativas: orgânica ou subjetiva, ritual ou processual e material. A saber:

- a) orgânica ou subjetiva - se a espécie normativa for emitida por órgão incompetente;
- b) ritual ou processual - caso o modo de elaboração da norma legal desacorde com a Constituição;
- c) inconstitucionalidade material - se a espécie normativa infraconstitucional discrepar dos princípios implícitos na "Carta Magna".

#### **V. Sistemas de Controle da Constitucionalidade**

Doutrinariamente, quanto à natureza do órgão convocado a conhecer o controle da constitucionalidade, pode ser por meio de três sistemas distintos: o órgão de controle jurisdicional, o órgão de controle político e o controle misto. O controle por órgão jurisdicional é o mais conhecido e mais aplicado. o Poder Judiciário incumbem-se a declarar a constitucionalidade ou, não, de uma espécie normativa perante à Constituição, manifestando-se, ainda sobre a retirada ou, não, da eficácia da espécie normativa apreciada. Ademais, o controle jurisdicional é uma função, ordinariamente, desempenhada pelo Poder Judiciário, pois é a verificação da legalidade, ou seja, a verificação da concordância de um ato normativo qualquer à lei. Sendo assim, todo juiz pode exercer tal tarefa nos casos de sua competência. No Brasil o sistema de controle é jurisdicional. Por órgão político, de controle da constitucionalidade, assenta-se sob a ótica de que o órgão controlador deve ocupar posição superior no Estado, devendo ser distinto dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.<sup>7</sup> Tal controle é, atualmente, previsto pela Constituição francesa, em seus arts. 56 a 63 (Conseil Constitutionnel). Quando a verificação de constitucionalidade é confiada a órgãos de natureza política criados à tarefa de interpretar a Constituição, observa-se que tal controle torna-se ineficaz, pois, esses órgãos, onde previstos, apreciam as questões de controle da constitucionalidade principalmente pelo critério da conveniência, tornando-se, secundário, o critério de concordância à Constituição. O controle misto efetiva-se quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da assembléia nacional e, as leis locais, sob o controle jurisdicional.<sup>8</sup>

## **VI. Formas de Controle da Constitucionalidade**

Nossa atual "Lex Maxima" prevê o controle da constitucionalidade através de duas formas de controle: o preventivo e o repressivo. O preventivo, é exercido tanto pelo Legislativo (art. 58, CF/88)<sup>9</sup> quanto pelo Executivo (art. 66, parágrafo 1º CF/88)<sup>10</sup> e tem por objetivo o impedimento da inserção no sistema jurídico, de normas que, já em seu projeto, venham a demonstrar desconformidade com a Carta Suprema. As vias de exceção e de ação, exercitadas pelo Poder Judiciário, são os dois meios viabilizadores do controle repressivo, a fim de suprimir normas inconstitucionais (ação) e suprir omissão (inação).

## **VII. Competência Privativa para o Julgamento da Representação de Inconstitucionalidade**

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, CF/88) é o órgão próprio e específico (Corte Suprema) que tem competência privativa para processar e julgar, originariamente, as representações de inconstitucionalidade de atos normativos federais ou estaduais em confronto à Constituição Federal (atividade) assim, como, pela omissão destes mesmos órgãos de poder, gerando a inefetividade da norma constitucional. Não cabe ao STF processar e julgar as representações de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais em confronto à Constituição do Estado-Membro. Tal competência cabe aos órgãos de poder do Estado.

## **VIII. Critérios de Controle da Constitucionalidade**

O controle judiciário da constitucionalidade pode ocorrer por dois critérios: o controle difuso e o concentrado. O controle difuso (via de exceção ou defesa) se dá quando, conforme ocorre nos Estados Unidos, a qualquer juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade. Todavia, no citado Estado, uma questão pouco célere, já que diversos juizes são chamados a apreciar a mesma questão constitucional e podem ter opiniões divergentes, mas, de qualquer forma, somente, após a manifestação do mais alto tribunal, é que ficará definida a questão da constitucionalidade.<sup>11</sup>

A verificação de inconstitucionalidade no Brasil é, a princípio, de caráter difuso, podendo ser arguida perante qualquer magistrado que, ao reconhecer tal inconstitucionalidade, deixará de aplicar, como corolário, o ato inquinado. Tal controle é incidental e tem efeitos "inter partes", pois, não se pode aceitar, neste caso que, tal decisão atinja, com seus efeitos, pessoas que dele não participaram. Qualquer outra conclusão, salvo melhor juízo, acabaria por estabelecer uma inaceitável confusão entre os sistemas concentrado e difuso da constitucionalidade, o que vai contra todo o sistema de controle da constitucionalidade estabelecido em nosso sistema constitucional.

O controle concentrado (via de ação) será efetivado toda vez que for reservada competência a um único órgão, para conhecer e julgar a questão da constitucionalidade. Algumas Constituições, como as do Chile - 1925, Venezuela - 1936, Japão - 1946 e outras, invocam o julgamento das impugnações de um ato do Poder Público, ao mais alto tribunal, sob a alegação de que tal ato contraria a lei maior. Algumas constituições, tais como a da Alemanha - 1949, destinam este julgamento a um tribunal especializado (Corte Constitucional).<sup>12</sup>

Seguindo as lições do mestre Reis Friede,<sup>13</sup> o controle concentrado (critério formal direto) brasileiro, é feito por via de ação direta, a qual veremos a seguir.

## **IX. Controle Incidental por Via de Exceção**

O controle incidental de inconstitucionalidade (por via de exceção ou defesa) de uma lei ou ato normativo é operalizado em questão prejudicial numa ação judicial em curso. O magistrado julga o pedido, após apreciar como preliminar ou, incidente, a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, do qual tem por objeto a existência ou não de uma determinada obrigação. Os efeitos da decisão<sup>14</sup> que afasta o ato inconstitucional ou, não, quando assim não o seja, será sempre "inter partes", ou seja, de alcance apenas às partes litigantes, jamais "erga omnes".

O Supremo Tribunal Federal (STF) poderá apreciar o incidente de inconstitucionalidade através dos recursos ordinário (art. 102, II, "a" e "b", CF/88) ou extraordinário (art. 102, III, "a", "b" e "c", CF/88) interpostos pelas partes envolvidas no caso "em concreto"; todavia, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF para que se configure os efeitos "erga omnes" e "ex nunc", se faz necessária a resolução final do Senado Federal (art. 52, X, CF/88), a fim de suspender a eficácia (executoriedade) da lei ou ato normativo inconstitucional

De acordo com as lições do ilustre Prof. Alexandre Câmara,<sup>15</sup> "o Código de Processo Civil não se preocupou em regular o procedimento do controle incidental perante os juízos de primeira instância, nem, tampouco, perante o tribunal pleno (ou perante o órgão especial que lhe faça as vezes)". Preocupou-se, destarte, o CPC., nos arts. 480 a 482, apenas do procedimento a ser observado ao controle incidental da inconstitucionalidade das espécies normativas perante órgãos fracionários do tribunal (exceto o órgão especial, em razão deste ser tratado como se fosse o próprio tribunal pleno). Ainda seguindo os ensinamentos do mencionado mestre, "este incidente é regulado no CPC, porque apenas o tribunal pleno (ou o órgão especial)<sup>16</sup> pode reconhecer a inconstitucionalidade de leis e atos normativos". Todavia, é de bom tom lembrar que, tal norma não é inerente aos juízos monocráticos, pois, estes, podem declarar a inconstitucionalidade de uma espécie normativa num caso concreto e deixar de aplicá-la. Quando o incidente de constitucionalidade constituir questão prejudicial da causa no tribunal, esta fica sobrestada até que se resolva o referido incidente. Quem o argúi são as partes ou o Ministério Público. O relator submete a argüição à Câmara competente para o julgamento da causa, que é normalmente um recurso. Se rejeitada a alegação, prossegue, normalmente, no julgamento do recurso; se a Câmara entender que procede, remete a questão ao tribunal pleno, que é o órgão competente para declarar, "incidenter tantum" a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

## **X. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação**

Nesse tipo de controle não há um processo (efetivo caso concreto) em curso, com uma questão constitucional de caráter prejudicial a ser apreciada. A essencialidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) é atacar o vício da lei ou ato normativo federal ou estadual em tese e expelir tal lei ou ato normativo inconstitucional do sistema normativo. Tal controle (concentrado) é feito, exclusivamente, pelo STF e, sua declaração pela Corte Suprema tem efeito "erga omnes". Quanto à suspensão da vigência da lei ou ato normativo inconstitucional, alguns doutrinadores<sup>17</sup> entendem (não sendo pacífico na doutrina tal entendimento) que, a declaração de inconstitucionalidade manifesta pelo STF, não é suficiente para retirar a eficácia jurídica da norma verificada, cabendo, portanto, tal atribuição, ao Senado Federal (art. 52, X, CF/88).<sup>18</sup> Vale afirmar que, essa retirada de eficácia pelo Senado Federal é imposta como obrigatória, ou seja, após a decisão declaratória do STF, o Senado Federal tem de efetuar a suspensão da execução da espécie normativa inconstitucional; pois se assim não o fosse, o Senado estaria convalidando e mantendo eficaz o ato repugnado pelo Poder Judiciário. No sistema jurídico brasileiro, os legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade estão elencados no art. 103 CF./88;<sup>19</sup> feito, anteriormente apenas pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, "1", com redação dada pela E.C. nº 7/77 à CF/67).

## **XI. Ação Direta da Constitucionalidade**

A Ação Direta Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela E.C. no 3/93, na alínea "a", do inciso I, do art. 102, CF./88, a fim de que o STF possa declarar, com efeito "erga omnes" e efeito vinculante para os demais órgãos do Judiciário, a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Não cabe essa ação para a declaração de constitucionalidade de ato normativo estadual e municipal. Pela redação da EC. no 3/93 a referida ação declaratória, somente pode ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, ou pelo Procurador da República (art. 103, p. 4, CF./88).

## **XII. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**

A nossa Carta Suprema vigente inspirada na Constituição lusitana (art. 278 da Constituição de Portugal de 1976 e art. 283 da Emenda de 1982) inovou com a previsão de uma ação negativa a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão a fim de que possa ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a omissão (inércia) do legislador no que se refere a dar executoriedade a um programa (norma programática) estabelecido no bojo constitucional ou, ainda, a falta de regulamentação legislativa a preceitos que assim o necessitem.

Com esse controle, almeja-se a plena realização do legislador constituinte que é a de que, nenhuma norma constitucional venha a deixar de alcançar eficácia plena. Para a propositura da referida ação são legitimados os mesmos a proporem a representação



da inconstitucionalidade por ação (art. 103, C.F./88). Levando-se em consideração, o poder discricionário que o legislador tem de apreciar a "oportunidade" a "conveniência", para dar execução a um determinado programa, o S.T.F. ao constatar a omissão de lei, restringe-se a comunicar ao Poder Legislativo da inação verificada (art. 103, parágrafo 2º, 1ª parte C.F./88).<sup>20</sup> Todavia, sendo a omissão de natureza administrativa o S.T.F., deverá estabelecer o prazo máximo de trinta dias, para que seja cessada tal omissão (art. 103, § 2º, 2ª parte C.F./88).<sup>21</sup> Quanto à omissão de natureza legislativa, se faz preciso lembrar que, o STF ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, cientificará ao Poder Legislativo, mas, não há fixação de prazo para a adoção da medida necessária e, conseqüentemente, não há sanção para o não-cumprimento da ordem judicial que declarou a referida inconstitucionalidade e invocou a prática da providência. Neste aspecto, nosso texto constitucional espelhou-se, reproduzindo na íntegra, o preceito constitucional respectivo contido na Constituição lusitana que, em seu art. 283 dita: "quando o Tribunal Constitucional verificara existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente".

### XIII. Conclusão

Como conclusão deste modesto artigo, segue, para reflexão, um trecho do texto de "Oração aos Moços" (famoso discurso do eminente e saudoso Rui Barbosa, à turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo), cuja edição popular foi anotada pelo Chefe do Setor de Filologia da Casa de Rui Barbosa, Prof. Adriano da Gama Kury.<sup>22</sup> "Vede agora os que intentais exercitai-vos na ciência das leis, e vir a ser seus intérpretes, se de tal jeito é que conceberíeis sabê-las, e executá-las. Desse jeito, isto é: como as entendiam os políticos da Grécia, pintada pelo mestre de Platão. Uma vez, que Alcibíades discutia com Péricles, em palestra registrada por Xenofonte, acertou (aconteceu) de se debater o que seja "lei" e quando exista, ou não exista. "\_ Que vem a ser lei?", indaga Alcebiades. "\_ A expressão da vontade do povo", respondeu Péricles. "\_ Mas que é o que determina esse povo? O bem ou o mal?" replica-lhe o sobrinho. " \_ Certo que o bem, mancebo." " \_ Mas, sendo uma oligarquia quem mande, isto é, um diminuto número de homens, serão, ainda assim, respeitáveis as leis?" " \_ Sem dúvida." " \_ Mas, se a disposição vier de um tirano? Se ocorrer violência, ou ilegalidade? Se o poderoso coagir o fraco? Cumprirá, todavia, obedecer?" Péricles hesita; mas acaba admitindo: " \_ Creio que sim." " \_ Mas então", insiste Alcibíades, "o tirano, que constrange os cidadãos a lhe acatarem os caprichos, não será, esse sim, o inimigo das leis?" " \_ Sim; vejo agora que errei em chamar "leis" às ordens de um tirano, acostumado a mandar, sem persuadir." " \_ Mas, quando um diminuto número de cidadãos impõe seus arbítrios à multidão, daremos, ou não, a isso o nome de violência?" " \_ Parece-me a mim", concebe Péricles, cada vez mais vacilante, "que, em caso tal, é de

violência que se trata, não "de lei."  
Admitindo isso, já Alcibíades triunfa:  
"\_ Logo, quando a multidão, governando, obrigar os ricos, sem consenso destes, não será,  
também, violência, e não" lei?"

Péricles não acha de responder; e a própria razão não o acharia. Não é a "lei" a lei, senão quando assenta no consentimento da maioria, já que, exigido o de todos, "desiderandum"<sup>23</sup> irrealizável, não haveria meio jamais de se chegar a uma lei. Ora, senhores bacharelados, pesai bem que vos ides consagrar à "lei", num país onde a lei não exprime o consentimento da maioria, onde são as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem, e dispõem, as que mandam, e demandam em tudo; a saber: num país, onde, verdadeiramente, não há "lei", não o há moral, política ou juridicamente falando.

Considerai, pois, nas dificuldades, em que se vão enleiar (enlear, envolver) os que professam a missão de sustentáculos e auxiliares "da lei", seus mestres e executores. É verdade que a execução corrige, ou atenua, muitas vezes, a legislação de má nota. Mas, no Brasil, a "lei" se deslegitima, anula e torna inexistente, não só pela bastardia da origem, senão ainda pelos horrores da aplicação.

Ora, dizia S. Paulo que boa é a lei onde se executa legitimamente.<sup>24</sup> Quereria dizer: Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é; boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a má, quando "inexecutada", ou " mal executada" (para o bem), que a boa lei sofismada e não observada (contra o bem). Que extraordinário, que imensurável que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juízes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.

De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão. "Aí temos as leis", dizia Florentino. "Mas quem lhes há de termão? (Quem garantirá o seu cumprimento?).

Na Constituição brasileira, a mão que o poeta não via em sua república e em sua época, a mão sustentadora das leis, aí a temos, hoje criada, e tão grande, que nada lhe iguala a majestade, nada lhe rivaliza o poder. Entre as leis, aqui, entre as leis ordinárias e a lei das leis, é a justiça quem decide, fulminando aquelas, quando com estas colidirem... Dessas democracias (referindo-se às federações de molde norte-americano), pois o eixo é a justiça, eixo não abstrato, não supositício, não meramente moral, mas de uma realidade profunda, e tão seriamente implantado no mecanismo do "regimén", tão praticamente embebido através de todas as suas peças, que, falseando ele ao seu mister, todo o seu sistema cairá em paralisia, desordem e subversão. Os poderes constitucionais insolúveis, as franquias constitucionais ruirão por terra e, da organização constitucional, do seu carácter, das suas funções, das suas garantias apenas restarão destroços. Eis o de que nos há de preservar a justiça brasileira, se a deixarem sobreviver, ainda que agredida, oscilante e malsegura, aos outros elementos constitutivos da república, no meio das ruínas, em que mal se conservam traços da sua verdade".

\* Mestranda em Direito da UNESA  
Professora de Direito Constitucional da Universidade Castelo Branco

Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista2/artigo19.htm>

Acesso em: 22 de agosto de 2007