

**A NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL: INFLUÊNCIAS DA TEORIA
DE RUI BARBOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO¹**

*THE NATURE OF THE UNCONSTITUTIONAL ACT:
INFLUENCES OF RUI BARBOSA'S THEORY ON THE CONTEMPORARY
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Alexandre de Freitas Carpenedo ²

RESUMO: O presente trabalho versa sobre as colaborações de Rui Barbosa na chamada teoria da nulidade dos atos inconstitucionais no controle de constitucionalidade adotado no Brasil. A partir das bases teóricas lançadas pelo jurista baiano, notadamente em sua obra “Atos Inconstitucionais” (2010), busca-se verificar as origens e justificativas para a conclusão de que um ato, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, quando em violação ao texto constitucional, é considerado nulo, bem como as consequências daí advindas (*e.g.*, efeito *ex tunc* da decisão e sua natureza meramente declaratória). O artigo divide-se em três partes. Na primeira, faz-se um contexto histórico da atuação judicial de Rui Barbosa, que deu ensejo à publicação da obra utilizada como referencial teórico desta pesquisa e que justifica suas defesas de inconstitucionalidades de determinados atos públicos, bem como as consequências de tais conclusões (ato inconstitucional como nulo desde sua origem). Na segunda parte, examina-se a teoria da anulabilidade do ato inconstitucional, de Hans Kelsen, que funciona como um contraponto à tese defendida por Rui Barbosa. Por fim, a terceira parte é dedicada à análise do modelo adotado na Constituição de 1988, verificando-se que, embora a teoria da nulidade, de fato, seja a regra no ordenamento, ela comporta exceções e temperamentos, tanto pela sua forma de reconhecimento quanto pela possibilidade de modulação dos efeitos da decisão judicial.

¹ Artigo submetido em 9-12-2022 e aprovado em 17-07-2023.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público - ênfase em Direito Constitucional - pela Escola Superior Verbo Jurídico de ensino. Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Procurador Federal (AGU). Endereço eletrônico: usernamefc@gmail.com



É construído pela metodologia indutiva (narrativo-descritiva), desenvolvido através de obras doutrinárias, artigos, legislação, e julgados do ordenamento jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Rui Barbosa; Atos inconstitucionais; Efeitos da decisão; Teoria da nulidade; Teoria da anulabilidade.

ABSTRACT: The present work deals with the collaborations of Rui Barbosa in the so-called theory of nullity of unconstitutional acts in the control of constitutionality adopted in Brazil. Based on the theoretical bases launched by the Bahian jurist, notably in his work “Unconstitutional Acts” (2010), we seek to verify the origins and justifications for the conclusion that an act, whether by the Executive Branch or by the Legislative Branch, when in violation of the constitutional text, is considered null, as well as the resulting consequences (*e.g.*, *ex tunc* effect of the decision and its merely declaratory nature). The article is divided into three parts. In the first, a historical context of the judicial performance of Rui Barbosa is made, which gave rise to the publication of the work used as the theoretical framework of this research and which justifies his defenses of unconstitutionality of certain public acts, as well as the consequences of such conclusions (act unconstitutional as null from its origin). The second part examines Hans Kelsen's theory of annulment of the unconstitutional act, which works as a counterpoint to the thesis defended by Rui Barbosa. Finally, the third part is dedicated to the analysis of the model adopted in the 1988 Constitution, verifying that, although the nullity theory, in fact, is the rule in the order, it includes exceptions and temperaments, both because of its form of recognition. and by the possibility of modulating the effects of the court decision. It is built by the inductive methodology (narrative-descriptive), developed through doctrinal works, articles, legislation, and judgments of the national legal system.

KEYWORDS: Rui Barbosa. Unconstitutional acts. Effects of the decision. Nullity theory. Voidability theory.

INTRODUÇÃO

Rui Barbosa é, certamente, uma das personalidades mais conhecidas de nossa história. Baiano de Salvador, viveu a maior parte de sua vida no Rio de Janeiro – na época, a capital do país. Teve uma vida pública intensa, ocupando diversos cargos e exercendo relevantes atribuições. Foi político, diplomata, ensaísta, orador e jornalista. Foi até



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 1, julho de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

mesmo poeta. Mas sua atividade de maior relevância foi, por certo, a jurídica: advogado, é considerado por muitos, até os dias de hoje, como o maior jurista da história brasileira.

Mas também foi um personagem rodado de contradições. É tido como grande defensor do federalismo (federalismo este que leva para a Constituição de 1891, da qual foi grande idealizador) e da descentralização política, com o poder menos concentrado na União e mais bem distribuído entre os estados-membros. Por outro lado, apesar da defesa deste modelo, aliou-se a pessoas notoriamente concentradoras do poder político, como o Marechal Deodoro da Fonseca, de quem foi Ministro da Fazenda.

No entanto, após a renúncia de Deodoro e da assunção da presidência pelo também Marechal Floriano Peixoto, Rui Barbosa cessa esta aliança com o governo central, passando a fazer-lhe oposição. É neste contexto que exerce a defesa de vários perseguidos políticos, por meio da impetração de sucessivos *habeas corpus* e do ajuizamento de ações civis.

Por meio de tais processos judiciais, várias doutrinas foram defendidas pelo então advogado baiano. A doutrina brasileira do *habeas corpus*, posteriormente acatada pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitou o exercício de direitos de natureza distinta daqueles referentes à liberdade de locomoção, e para os quais, à época, não havia meio adequado de postulação. Da mesma forma, foi através destas ações que Rui importou ao direito brasileiro diversas ideias produzidas por juristas norte-americanos, em destaque a possibilidade de afastamento, pelo Poder Judiciário, de normas produzidas pelos poderes Executivo e Legislativo, bem como a sua natureza de ato nulo.

É fácil verificar que isso era impensável à época, principalmente ao lembrar que o Brasil recém havia saído de uma monarquia. Para fortalecer sua argumentação, cita uma série de renomados pensadores estrangeiros (como Hamilton, Tocqueville e Bryce) e, pela primeira vez no país, analisa-se o (hoje) clássico julgamento *Marbury vs Madison*, de 1803, que, pelo voto do juiz John Marshall, passou a reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário examinar os atos do Executivo sob o ponto de vista de sua constitucionalidade – ou inconstitucionalidade.



A partir da contextualização acima, adota-se a seguinte problemática de pesquisa: de que forma Rui Barbosa contribuiu na verificação da natureza do ato inconstitucional, no controle de constitucionalidade por ação, no ordenamento jurídico vigente a partir de 1988?

Restringiu-se o problema às hipóteses de controle por ação por três razões. Primeiro, para evitar uma ampliação demasiada no objeto da pesquisa. Segundo, porque a teoria da nulidade, da qual o jurista baiano era reconhecido defensor, encontra-se intrinsecamente relacionada aos atos comissivos do Estado. De fato, em regra, as inconstitucionalidades por omissão não implicam a declaração de invalidade de algum texto normativo, encontrando-se relacionadas mais a uma “situação fática” violadora da Lei Maior. E terceiro, porque, na época em que defendeu as bases do controle de constitucionalidade brasileiro, ainda não se falava em Estado Social, ou de possíveis obrigações de entes públicos que poderiam ensejar inconstitucionalidades por omissão. Logo, consectário lógico é a não abordagem de questões relacionadas a esta forma de inconstitucionalidade.

O trabalho é dividido em três partes. Na primeira, busca-se examinar o contexto histórico das ações de reparação civil ajuizadas e dos *habeas corpus* impetrados por Rui Barbosa, ou seja, o que ele defendia e a quais conclusões pretenderia chegar com sua defesa. A partir de então, são analisadas as razões para a adoção da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais por Rui Barbosa, bem como a possibilidade de exame dos chamados “atos políticos”, que fugiriam ao exame do Poder Judiciário apenas em situações específicas e excepcionais.

A segunda parte é dedicada ao exame da teoria da anulabilidade dos atos inconstitucionais, elaborada por Hans Kelsen e que serve de contraponto à teoria defendida por Rui Barbosa. Destaca-se a possibilidade de convalidação, para o jurista austríaco, dos atos inconstitucionais até a sentença que verifica a sua inconformidade com a ordem jurídica, bem como a natureza constitutiva de referida decisão.

Por fim, na terceira parte, é objeto de análise o modelo adotado na Constituição de 1988. Neste contexto, será verificada a teoria da nulidade como regra no sistema de



controle de constitucionalidade e possíveis exceções e temperamentos à sua aplicação, como no que toca às formas de reconhecimento desta nulidade e à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão judicial.

Utiliza-se Rui Barbosa como referencial teórico, notadamente em sua obra *Atos Inconstitucionais* (2010). É construído pela metodologia indutiva (narrativo-descritiva), desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental (obras doutrinárias, artigos, legislação e julgados do ordenamento jurídico nacional).

2. TEORIA DA NULIDADE (RUI BARBOSA)

A teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, originada a partir do conhecido caso *Marbury vs Madison*, foi trazida ao Brasil por Rui Barbosa, bem desenvolvida a partir de uma série de ações judiciais em que o jurista representava pessoas prejudicadas pelos atos do governo de Floriano Peixoto.

O contexto histórico da época era conturbado. O responsável pela proclamação da República, Marechal Deodoro da Fonseca, renunciou ao cargo menos de um ano após assumi-lo. Como a saída se deu antes de decorridos dois anos, o vice-presidente, Floriano Peixoto, deveria ter procedido a novas eleições (MOURA, 2014, p. 95), nos termos do art. 42 da Constituição de 1891 (BRASIL, 1891).

Tais eleições não foram realizadas, o que ocasionou uma série de levantes em desfavor do novo presidente, em destaque a Revolta da Armada. Como resposta, Floriano decreta estado de sítio no país (MOURA, 2014, p. 95-96), contexto em que, de forma discricionária e arbitrária, determina a prisão e desterro dos insurgentes, em supressão a direitos individuais dos envolvidos, sob o fundamento que o estado de exceção em que se encontrava o país assim lhe permitia. Além disso, sob estas mesmas premissas, determina



a exoneração³ e reforma de servidores e militares. É neste contexto que se inserem as ações civis ajuizadas, e o *habeas corpus* impetrados, todos por Rui Barbosa.

2.1 Ações de reparação civil

No contexto de amplas restrições a direitos dos opositoristas de Floriano Peixoto, Rui Barbosa passou a ingressar com uma série de “ações de reparação civil”, visando à desconstituição de tais atos. Foi a partir das manifestações apresentadas que se publicou, por exemplo, o livro *Atos Inconstitucionais*,⁴ que bem ilustra o pensamento do jurista acerca da possibilidade de intervenção, pelo Poder Judiciário, nos atos administrativos:

Nas ações de reparação civil, que, em obediência a um alto dever, absolutamente desinteressado, iniciei, perante a justiça federal, em nome dos brasileiros prejudicados pelos atos arbitrários de abril de 1892, os princípios, que hão de reger a solução de litígio, são, no substancial, os mesmos, através das variações acessórias, que agrupam os meus constituintes em séries diferentes. (BARBOSA, 2010, p. 11)

Referida obra tornou-se um clássico do Direito Constitucional brasileiro. A tese principal das alegações era no sentido de que os atos restritivos impugnados padeceriam de inconstitucionalidade e, por conseguinte, seriam nulos, não surtindo resultado legal (2010, p. 12). Em síntese, as razões finais apresentadas faziam algumas importantes considerações, que levariam, ao fim, à invalidade dos atos.

Em primeiro lugar, debate-se a constitucionalidade dos decretos de 1892 que exoneraram servidores públicos civis e determinaram a reforma compulsória dos militares. Neste sentido, a Constituição Republicana de 1891 determinaria que tais agentes seriam, respectivamente, indemissíveis e irreformáveis. Assim, não poderia o

³ A exoneração de que ora se fala tem natureza punitiva, de demissão. Rui Barbosa, no entanto, não faz esta distinção, utilizando ambas as expressões.

⁴ Há de se destacar como uma única manifestação judicial poderia resultar na publicação de um livro de 192 páginas. Isso é explicado pelo próprio responsável pela atualização da obra: “Já não se elaboram exordiais com tantos embasamentos teóricos, como o fez aqui Rui, e a justificativa é que o direito constitucional firmou bases mais sólidas, dispensando tantas articulações para convencer as especulações acerca de assuntos pouco explorados” (BARBOSA, 2010, p. 37).



legislador, à sua liberalidade, mediante lei, demiti-los ou reforma-los, eis que “o poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição” (BARBOSA, 2010, p. 36).

Na sequência, o jurista baiano tece considerações acerca da natureza do ato inconstitucional em outros sistemas jurídicos, dividindo em três as consequências de tal reconhecimento (BARBOSA, 2010, p. 39): (a) em face de ato do Parlamento inglês, significaria meramente que ele seria contrário ao “espírito” da Constituição inglesa, sem maiores consequências; (b) reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei das câmaras francesas, serviria como “termo de censura”, podendo ou não ser afastadas pelos tribunais, que não seriam obrigados a tal expediente; e (c) verificado este vício em um ato do Congresso estadunidense, teria como consequência a nulidade. E isso, aliás, mesmo no caso de não haver juízo de reprovabilidade: seria possível, “sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por *inconstitucional*, isto é, *ultra vires*, isto é, *nulo*”. Desta forma, como no Brasil foi adotado, pela Constituição de 1891, sistema de controle de constitucionalidade idêntico ao norte-americano, a consequência da verificação de tal vício em atos dos demais poderes seria sua nulidade.

Rui Barbosa suscita, a seguir, o poder-dever que tem o Judiciário de afastar a aplicabilidade das normas tidas por inconstitucionais, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo. Neste tocante, assim como a Constituição dos Estados Unidos, a de 1891 também não traria o dever de afastamento das leis inconstitucionais. Este dever seria implícito. Rui parece ter um considerável grau de desconfiança do Poder Legislativo, como fica claro, ao citar De Lolme, no sentido de que seria “absolutamente necessário limitar o Poder Executivo; *mas ainda mais necessário é restringir o Legislativo*” (BARBOSA, 2010, p. 34). Os juízes e tribunais teriam não apenas o “direito” de não aplicar leis violadoras do Texto Magno, mas sim um dever positivo e inevitável (BARBOSA, 2010, p. 64 e 74).

Quanto aos atos do Executivo, o jurista faz amplo panorama do caso *Marbury vs Madison* (1803), decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos e considerado o grande marco do controle de constitucionalidade no mundo. Citando o voto do juiz



Marshall, “constitucionalista sem rival entre os constitucionalistas americanos”, defende-se ser dever dos tribunais manter o governante em sua esfera de autoridade, ou seja, evitar que ele usurpe as funções dos demais poderes (BARBOSA, 2010, p. 76).

Há de se lembrar que o controle defendido à época era apenas o de natureza difusa. Assim, defendia-se que o ato ou a lei não seriam revogados pelo Judiciário, não sendo hipótese de violação do sistema de freios e contrapesos, uma vez que somente por ação judicial a norma seria afastada, e somente para quem isso postulou em juízo:

Se uma pessoa, real ou supostamente lesada pelo excesso legislativo, ou governativo, não mover a instauração da lide, a justiça ignora a inconstitucionalidade. É a primeira precaução contra a hipótese de conflito entre os poderes, de assunção pela justiça de atribuições peculiares aos outros dois. (BARBOSA, 2010, p. 96-97)

Ademais, apenas poderia haver tal ação judicial nas hipóteses em que houvesse violação a direitos subjetivos. Os juízes unicamente assumiriam a “autoridade protetora da Constituição” nos casos em que os Poderes Executivo ou Legislativo colidissem com direitos individuais ou com a propriedade particular (relações individuais diretamente prejudicadas). Somente nestes casos haveria autorização de interferência.

Hoje, em observância à teoria da incidência das normas jurídicas, sabe-se que a consequência, de fato, não é a revogação da norma, embora por outras razões. É sempre necessário analisar os argumentos levantados fazendo-se uma leitura da lógica jurídica da época, e levando em consideração que o sistema de controle de constitucionalidade era ainda incipiente. Assim, Rui estabelece algumas condições para que seja possível o controle dos atos dos demais poderes: (a) violação a direito de origem na Constituição; (b) necessária provocação do Judiciário por interessado, em ação regular; (c) não tenha a ação como objeto o próprio ato impugnado (lei em tese), mas se refira a direito indevidamente violado por ele; (d) limitação da decisão ao caso em litígio; e (e) execução do julgado, com afastamento da norma, restritamente às partes (BARBOSA, 2010, p. 100).

A já referida possibilidade de exame acerca da legalidade dos atos dos demais poderes, embora, há muito, seja tema pacífico, era impensável à época das ações propostas por Rui Barbosa. É importante ter em mente que o país recém havia saído de



uma monarquia, regime no qual, por óbvio, o rei detinha sempre a última palavra (no caso brasileiro, isso era bem destacado pela Constituição de 1824, que instituiu, além da clássica tripartição de poderes, o Poder Moderador de Benjamin Constant). De todo modo, a teoria em questão, aplicada às normas inconstitucionais, será mais bem trabalhada adiante.

O jurista excepciona, em determinadas hipóteses, da possibilidade de controle, os atos políticos. Haveria de se reconhecê-los como uma “região impenetrável” à autoridade da justiça, na medida em que o ingresso em toda e qualquer política poderia violar a esfera de discricionariedade⁵ que, em alguma medida, têm os agentes públicos (BARBOSA, 2010, p. 101).

Mendes e Branco (2015, p. 410), por outro lado, destacam como se defendeu, com base na doutrina norte-americana da *political questions*, também desenvolvida a partir do caso *Marbury vs Madison*, que, novamente, o ingresso indevido nos direitos individuais possibilitaria o exame dos atos de tal natureza. De fato, como giza o próprio Rui, há de se verificar em qual acepção os “casos políticos” ficariam ou não de fora da possibilidade de controle judicial. Com efeito, para o autor, todos os atos dos Poderes Executivo e Legislativo ostentariam, em maior ou menor medida, natureza política.

Desta forma, uma acepção excessivamente ampla poderia levar ao esvaziamento da competência para o Judiciário coibir violações na esfera dos direitos individuais. Assim, os tribunais não poderiam reconhecer a inconstitucionalidade de atos do Poder Executivo somente nos casos em que, confiados à sua discricionariedade, não interferem em direitos individuais.

Fica claro que, se Rui Barbosa, como já citado, tinha grande desconfiança do Poder Legislativo, por outro lado tinha grande confiança e apreço pelo Poder Judiciário, defendendo que poucos atos poderiam ficar de fora de sua apreciação:

⁵ Atos discricionários: “os que a Administração pratica dispendo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo” (MELLO, 2008, p. 418). Embora de natureza política, e não se confundindo com atos administrativos em sentido estrito, a discricionariedade dos atos abordados por Rui Barbosa é de equivalente definição.



Claro está, pois, que, dentre assuntos políticos e assuntos políticos, mais ou menos propriamente tais, a restrição há de abranger uma limitada classe de casos, e excluir a mais vasta categoria deles; porque aliás a tutela judicial ficaria sendo a exceção, quando é, ao contrário, a regra. (BARBOSA, 2010, p. 102)

Como se vê, para o então causídico, a existência de um juízo político não configuraria óbice para que houvesse, igualmente, um exame jurídico sobre o ato. Os casos políticos, assim, poderiam ser verificados sob duas óticas diferentes: em uma acepção ampla, abrangeria “a esfera inteira da soberania nacional” (BARBOSA, 2010, p. 101); em uma acepção restrita, encontram-se somente aqueles confiados à discricionariedade do agente público e não relacionados a garantias individuais (BARBOSA, 2010, p. 106). Somente esta última se encontraria imune à apreciação judicial, sob pena de completo esvaziamento da competência dos tribunais.⁶

A discricionariedade legalmente prevista não autorizaria os atos ditados “senão pela natureza de seus fins”. Referida margem de escolha do agente público não lhe conferiria arbítrio, tampouco associação de competências por esta discricionariedade não abrangidas. Assim, caberia aos juízes não apenas verificar a violação de garantias individuais, mas também se a atribuição política, quando invocada em juízo, de fato se encontra limitada à sua esfera de competência (BARBOSA, 2010, p. 110-114).

Após este amplo panorama acerca da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos atos legislativos e executivos, de suas consequências (nulidade) e da possibilidade de exame dos atos políticos, o jurista passa a analisar, propriamente, as demissões e reformas dos servidores civis e militares que por ele são representados em juízo.⁷ Todos eles foram afastados de suas atribuições, sob a alegação de atentado contra a ordem e crimes de conspiração e sedição, por um decreto do Executivo de 12 de abril

⁶ No mesmo sentido é o entendimento de Castro (2003, p. 205-206, *apud* MENDES e BRANCO, 2015, p. 411), para quem “as questões de natureza política escapam à jurisdição do Poder Judiciário; mas, para que tal aconteça, torna-se mister que tais questões sejam exclusivamente políticas”, sendo as questões exclusivamente políticas “somente aquelas que se referem ao exercício dos poderes que a Constituição confia à inteira discricionariedade do Legislativo e do Executivo”, e apenas nos casos em que não há violação a direitos privados.

⁷ Os então professores Campos da Paz e José Joaquim Seabra, além de uma série de militares de diversas patentes.



de 1892. Tudo isso no bojo do estado de sítio declarado, e como retaliação à sua atuação na revolta oposicionista ao governo do Marechal Floriano Peixoto.

No entanto, o texto constitucional de 1891 conferiria vitaliciedade aos agentes públicos, garantindo-lhes que não poderiam ser exonerados a não ser nas hipóteses de indignidade (art. 74).⁸ No caso, como não houve condenação criminal desta natureza, não seria possível afastar-se a garantia prevista na Lei Maior.

Mesma lógica aplicável às reformas dos militares, ocorridas em 07 e 12 de abril de 1892. Garantidos os postos e patentes, pelo art. 74, “em toda a sua plenitude”, não poderiam meros decretos, e sem, ainda, invocar disposição legislativa que lhe dessem legitimidade, ir de encontro à garantia estabelecida na Constituição.

No caso dos militares, haveria ainda norma específica que regularia as punições possíveis para os atos praticados, que não passariam de admoestação, repreensão, detenção ou prisão. A pena de reforma somente poderia ser aplicada nos casos de “mau comportamento habitual”, de modo que, não se evidenciando habitualidade nas condutas revoltosas, a sanção não poderia ser aplicada. Conclui o então causídico, assim, que “a destituição dos dois lentes exonerados em 12 de abril de 1892 ataca diretamente a Constituição e as leis federais” e que “as reformas de 7 e de 12 de abril de 1892 contrariam materialmente a Constituição, arts. 74, 77 e 48, n^{os} 4 e 5” (BARBOSA, 2010, p. 117-129).

Por fim, no que importa ao presente estudo (BARBOSA, 2010, p. 145-160), são feitas considerações sobre o estado de sítio, o qual não daria ao chefe do Executivo autorização para a prática dos atos então impugnados. Em primeiro lugar, os atos seriam inconstitucionais por excederem a competência do responsável: no estado de sítio, a função política do Executivo seria resumida “a prender e desterrar”. Em segundo lugar, a aprovação do estado de sítio, feita pelo Congresso,⁹ não poderia abranger as reformas e demissões efetuadas, mesmo porque ao Legislativo não seria possível delegar uma

⁸ O direito expresso, em verdade, consistia na inamovibilidade. À época, todavia, como defendido, a expressão seria sinônima de vitaliciedade (BARBOSA, 2010, p. 119).

⁹ Ao Congresso caberia a competência privativa de aprovar ou suspender o estado de sítio declarado pelo Poder Executivo (art. 34, § 21, da Constituição de 1891).



competência que não possui (delegação de atos violadores da Constituição). Além disso, os atos praticados no período de exceção têm como natureza a transitoriedade, ao passo que as sanções aplicadas seriam de natureza permanente, contrariando a finalidade do instituto.

2.2 O *Habeas Corpus* nº 300

Alguns dos argumentos defendidos nas ações civis contra os atos de 1892 foram, mais uma vez, destacados no *Habeas Corpus* 300. Esse *writ* é um dentre uma série de outros impetrados por Rui Barbosa (*Habeas Corpus* 300, 406, 410, 415), perante o Supremo Tribunal Federal, nos quais foi questionada a juridicidade de atos praticados no estado de sítio.

A impetração sucessiva destas ações, mesmo em casos que não envolviam a liberdade dos pacientes, abriu caminho para o desenvolvimento da denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, em sua extensão para a proteção de direitos individuais em geral. Ela se baseava na literalidade do texto constitucional, que não limitava a utilização do remédio constitucional às hipóteses de violação da liberdade de locomoção:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Desta forma, o *writ* consistiria no remédio adequado para o combate de qualquer arbitrariedade cometida pelo Estado, e não apenas quando ameaçassem liberdades de ir e vir. Serviria à proteção contra a violência ou coação, de um modo amplo, “de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*” (MOSSIN, 2008, p. 36)



A interpretação ampla do instituto se explicaria pela inexistência de outros remédios processuais adequados a este tipo de discussão. De fato, o mandado de segurança somente viria a ser criado pela Constituição de 1934 (art. 113, nº 33), justamente como resultado desta construção histórica desenvolvida por Rui Barbosa; as demais ações de tutela constitucional, a seu turno, surgiram apenas em 1988. Somente em 1926, e como nítida reação à teoria brasileira do *habeas corpus*, que nesta época era aceita pelos tribunais, restringiu-se o uso deste remédio constitucional estritamente aos casos relacionados às violações de liberdade de locomoção.

Da mesma forma, Rui Barbosa defende a inconstitucionalidade da medida de segurança, bem como das prisões e desteros ordenados. Algumas das sanções teriam sido aplicadas antes mesmo de decretada a medida; outras, após encerrado o período de vigência. Ademais, havia sanções que, embora aplicadas durante o estado de sítio, não foram revogadas após o seu fim.

Entendendo que tais medidas violavam a Lei Maior, o então advogado defendia que fossem anuladas pelo STF. Neste sentido, novamente explica que não seria possível imunizar os atos pela alegação de que possuiriam natureza jurídica. Existindo violação de direitos individuais, e sendo estes direitos constitucionalmente previstos, haveria de se aplicar a regra, que seria a possibilidade de controle judicial dos atos praticados.

Portanto, questões “estritamente” políticas seriam apenas aquelas que tratam da discricionariedade (oportunidade e conveniência) no exercício dos poderes que o próprio texto da Carta de 1891 conferiria a seu titular. As restrições a direitos individuais seriam possíveis desde que previstas nesta norma. Ao contrário, o exame da competência e possibilidades previstas ao cargo teria natureza jurídica, permitindo a sua anulação quando verificada a inexistência de tais discricionariedades.

Também se esclareceu o ponto de distinção entre não aplicação (nulidade no caso concreto) e revogação da norma. A revogação caberia exclusivamente ao legislador e teria eficácia *erga omnes*, ao contrário da não aplicação, pelo Poder Judiciário, da legislação inconstitucional, restrita às partes do processo, no sistema de controle difuso da época.



Como destacam Mendes e Branco, apesar de todo o esforço argumentativo de Rui Barbosa, a ordem requerida no *habeas corpus* foi denegada pelo Supremo Tribunal Federal:

Apesar da eloquente defesa realizada por Rui Barbosa, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o *habeas corpus*, por entender que não caberia ao Tribunal envolver-se em questões políticas do Poder Executivo ou Legislativo. Suas lições apenas foram devidamente apreciadas pelo Tribunal nos posteriores julgamentos dos Habeas Corpus n. 1.063 e 1.073, ambos de 1898, nos quais o Tribunal deixou assentado que a doutrina das questões políticas não poderia deixar ao desamparo as liberdades individuais. (2015, p. 411)

Somente um dos Ministros (Piza e Almeida) votou favoravelmente à tese, fundamentando que, durante o estado de sítio, teria o governo o poder de efetuar prisões que a medida assim exigisse. No entanto, “se levantado o estado de sítio, os cidadãos continuam presos ou desterrados, sem serem sujeitos a processo, havendo assim para eles uma suspensão de garantias por tempo indeterminado”. Isso em violação ao art. 80 da Constituição, de modo que às vítimas desta ilegítima violência assistiria o direito à impetração do *habeas corpus* (BRASIL, 1892).

Não há de se negar, com efeito, que a discricionariedade é necessária ao exercício das funções públicas. Com mais razão ainda, há de se reconhecer este grau de liberdade aos agentes políticos, sob pena de engessamento de quaisquer políticas públicas. No entanto, a decisão do Tribunal implicou reconhecer que essa discricionariedade, no bojo do estado de sítio, era praticamente absoluta, não podendo ser apreciadas pelo Poder Judiciário, na medida em que sempre dependeriam de um juízo político progressivo.

De todo modo, conforme já referido, tanto a teoria brasileira do *habeas corpus* quanto a possibilidade de exame de atos políticos passaram a ser reconhecidas pelo Judiciário, embora posteriormente. Da mesma forma, a invalidade dos atos que contrariam a Constituição também encontrou ampla aceção no sistema jurídico pátrio, sendo a hipótese dominante até os dias de hoje.

2.3 A teoria da nulidade propriamente dita



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 1, julho de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

Pela teoria do fato jurídico (incidência das normas jurídicas), de Pontes de Miranda, fatos desta natureza (dentre os quais, por certo, podem ser incluídos os atos de natureza legislativa) podem passar por três planos: existência, validade e eficácia (MELLO, 2019). Assim, é certo que a norma inconstitucional, viciada *ab initio*, padeceria de um dos efeitos relacionados, pelo civilista, aos três planos do ato jurídico (inexistência, invalidade ou ineficácia). Nesta perspectiva, fica claro que uma norma inconstitucional padece de vícios no campo da validade.

De fato, não há como reconhecer-se que a norma é inexistente. Validamente votada, aprovada e sancionada¹⁰ (como ocorre, por exemplo, com as leis ordinárias), ou se passou pelas formalidades próprias de publicação de um típico ato do Poder Executivo, certo é que ela preencheu todos os requisitos de ingresso no mundo jurídico. Trata-se de um ato que, por óbvio, existe, independentemente de ir de encontro ou não a outra norma de superior hierarquia.

Os requisitos de eficácia de uma norma jurídica se encontram presentes, em regra, com a sua publicação, definida como o instrumento pelo qual se transmite a promulgação, a qual, por sua vez, tem como conteúdo a presunção de que a lei é “válida, executória e potencialmente obrigatória” (SILVA, 2013, p. 533). De qualquer forma, também parece claro que o reconhecimento de sua inconstitucionalidade não teria relação com o plano da eficácia.

Neste sentido, uma lei perfeitamente válida pode ser ineficaz em determinadas circunstâncias: norma não autoaplicável sem regulamentação (ineficácia técnica), norma, embora autoaplicável, amplamente desrespeitada, sem conseqüente sanção do Estado (ineficácia fática e/ou social) etc. Da mesma forma, uma lei inválida poderia ser considerada eficaz, *e.g.*, nos casos em que não impugnada (invalidade declarada apenas em algumas situações concretas, por meio de controle difuso). Por fim, a retirada da

¹⁰ Entende-se que a lei já passa a existir a partir de sua sanção (ou rejeição, pelo Congresso, do veto), servindo a promulgação para atestar a existência da norma, e a publicação como um requisito de eficácia, sendo relevante para fixar o momento da sua vigência (MENDES; BRANCO, 2015, p. 910).



eficácia de uma lei declarada inconstitucional é uma consequência de sua invalidação (BARBOSA, 2010, p. 44), e não, propriamente, uma característica que lhe é intrínseca.

Por outro lado, é no campo da validade que a legislação inconstitucional mostra-se afetada, como fica claro do magistério de Barroso (2012):

Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.

Desta forma, duas são as implicações possíveis da declaração de invalidade da norma: nulidade ou anulabilidade. E Rui Barbosa, viu-se, defendia a primeira. Para a teoria da nulidade, uma vez que a decisão de inconstitucionalidade verifica que o vício normativo se encontra no plano de validade, retira-lhe qualquer força executória sobre as condutas cuja regulamentação teria como razão de existir.

Em sendo a inconstitucionalidade reconhecida, haveria de ser invalidada desde o seu nascimento, sem possibilidade de produção de efeitos jurídicos. Afinal, tratando-se de ato que já nasceu viciado, não seria suscetível de gerar qualquer efeito válido.

Por fim, outro fato decorrente da teoria da nulidade é que a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza declaratória. Deste modo, certificando a incompatibilidade vertical entre a norma e a Constituição, apenas reconhece uma situação preexistente, tendo efeitos retroativos e apagando todos as consequências daí surgidas (BARROSO, 2012; SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2018).

3. TEORIA DA ANULABILIDADE (HANS KELSEN)

A teoria da anulabilidade do ato inconstitucional tem em Hans Kelsen seu principal expoente. Neste caso, em regra, a anulação da norma produziria apenas efeitos prospectivos (*ex nunc*), o que seria decorrente do princípio de presunção de validade das normas (KELSEN, 1998).



Kelsen não crê na existência de lei nula *ipso jure*, tendo ela validade enquanto o vício não for declarado (SILVA; POMPERMAYER; OLIVEIRA, 2012, p. 07),¹¹ e somente mediante “procedimento especial”, a ser previsto pela própria Constituição. mostrava-se nitidamente contrário à tese de que seria possível uma lei ser nula:

dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. [...] Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como ‘declaração de nulidade’, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como ‘nula desde o início’ (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. (KELSEN, 1998, p. 306-307)

Kelsen advogava que, mesmo que a lei fosse, *e.g.*, criada por órgão incompetente, enquanto tal incompetência não fosse verificada, todos lhe deveriam obediência, de modo que seguiria produzindo efeitos. Portanto, a legislação seria temporariamente válida e eficaz, obrigando os destinatários ao seu cumprimento até que fosse proferida decisão reconhecendo sua inconstitucionalidade.

Sendo o ato anulável, convalidados estariam os efeitos produzidos até a decisão desconstitutiva do vício. Mesmo que se admitisse o contrário, ou seja, ainda que se reconhecesse a existência de nulidade *a priori*, esta cairia fora do domínio jurídico. Isso seria uma contradição em termos, na medida em que, para o doutrinador, “tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter jurídico” (KELSEN, 1998, p. 308).

O jurista teria, com isso, pretendido evitar “um governo de juízes, numa época em que havia certa revolta dos juízes contra a lei” (BARROSO, 2012). Isso serviria, assim, na proibição dos juízes à não aplicação das leis (cabe lembrar que são de Kelsen, também, as bases teóricas para a criação do controle concentrado de constitucionalidade, a ser apreciado por um Tribunal Constitucional próprio), prezando-se pela supremacia do Legislativo.

¹¹ Mesmo para o jurista austríaco haveria situações, embora excepcionais, em que a invalidade da norma teria efeitos retroativos, como no caso das leis penais, que, anuladas, seriam acompanhadas “da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela”. Isso não significa, contudo, que se tratasse de nulidade (KELSEN, 1998, p. 306-307).



Além dos já mencionados efeitos prospectivos do reconhecimento deste vício normativo, outro consectário lógico da aplicação da teoria da nulidade consistiria no fato de que tal decisão teria natureza constitutiva (ou, mais especificamente, constitutiva negativa). Não se trata de declarar uma situação preexistente, mas de efetiva inovação na ordem jurídica, ao retirar, somente a partir de então, os efeitos jurídicos do ato viciado.

No Brasil, a teoria da nulidade foi defendida por Ferrari (1999) e pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Leitão de Abreu. No mesmo sentido ia o jurista português Jorge Miranda, para quem a decisão que declara a inconstitucionalidade seria de natureza constitutiva negativa (1996).

4. O MODELO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Viu-se que leis e atos tidos por inconstitucionais encontram seu vício no campo da validade. Na lição de Barroso (2012), à invalidade do ato, de acordo com a maior ou menor gravidade da violação, comina-se a pena de nulidade ou anulabilidade. Também se viu que, de fato, existem teorias que defendem ambas as possibilidades: ser o ato inconstitucional nulo, como defendia Rui Barbosa, ou anulável, no magistério de Hans Kelsen.

No atual regime constitucional, não há dúvidas: lei tida por inconstitucional é, via de consequência, nula. Com efeito, consequência do princípio da supremacia da Constituição é que não possa uma norma inconstitucional gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis (BARROSO, 2012).

Deste modo, ela não há de produzir efeitos válidos. A nulidade é reconhecida desde o seu nascimento, tendo, conseqüentemente, efeitos retroativos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018). Desta forma, no caso do Brasil, ao menos em regra, a tese de Rui saiu vencedora. Aliás, de acordo com Barroso (2012), somente na Áustria, país fiel à doutrina de Kelsen, teria prevalecido o entendimento de que a lei inconstitucional é, apenas, anulável – tendo a sentença que isso pronuncia efeitos *ex nunc*.



Ainda no seu magistério, é inegável, por outro lado, que a teoria da nulidade do ato inconstitucional, embora dominante teve de “fazer concessões e abrir exceções” (BARROSO, 2012).

Para Mendes, no entanto, tanto os constitucionalistas norte-americanos quanto os brasileiros, ao defenderem a teoria da nulidade, não indicariam a razão jurídica que determinaria a incidência deste efeito na norma tida como inconstitucional, repetindo a doutrina e fundamentações judiciais norte-americanas. Nem mesmo Rui Barbosa, “com seu gênio estelar”, nem aqueles que lhe sobrevieram, desenvolveram os porquês de tal conclusão (MENDES, 2012, p. 607-608).

A situação no sistema pátrio, todavia, parecia mais crítica, uma vez que à época, ao contrário do modelo estadunidense, não havia um sistema no controle de constitucionalidade brasileiro que vinculasse os demais órgãos às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo. Não existia o *stare decisis*, tampouco norma que concedesse eficácia vinculante a este tipo de decisão.

Para o autor, assim, seria contraditório reconhecer que uma norma fosse nula, em seu todo, padecendo de vício insanável, mas pudesse produzir efeitos para os fatos não objetos de litígio, ou, ainda, até mesmo para aqueles levados ao Judiciário, mas decididos por juízes que fossem de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, foram sendo criados mecanismos que possibilitaram a generalização destas decisões, dotando-lhes, a partir de então, de um genuíno poder de anular, com eficácia *erga omnes*, as normas inconstitucionais, como a suspensão de execução da lei pelo Senado e representação interventiva, a partir da Constituição de 1934 (MENDES, 2012, p. 607-615).

Como a controvérsia sobre o controle de constitucionalidade era incipiente na época de Rui Barbosa, não havia discussões acerca de questões mais complexas, que apenas nasceriam anos depois e colocariam à prova a afirmação categórica de que o ato inconstitucional é inválido desde o seu nascimento.



Barroso, no eruditismo que lhe é característico, destaca (2012): “A vida, contudo, na aguda observação de Clèmerson Merlin Clève, é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias”. Assim, tais questões são, hoje, uma realidade, havendo tanto diferentes variantes de nulidade quanto temperamentos na teoria da invalidação das normas historicamente adotada. Elas serão objeto de análise a seguir.

4.1 Formas de nulidade

A regra geral do sistema de controle de constitucionalidade pátrio é, portanto, a adoção da teoria da nulidade, tal como defendia por Rui Barbosa. No entanto, com o passar do tempo e aumento das complexidades envolvendo a matéria, verificou-se que há diferentes formas de aplicá-la.

Conforme expressam Mendes e Branco (2015), a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pode levar a diferentes variantes de nulidade: declaração de nulidade total, declaração de nulidade parcial e declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

A declaração de nulidade total ocorre nos casos em que a totalidade do ato objeto do controle é invalidado. Ocorre normalmente em decorrência de vícios formais, como pela inobservância das regras constitucionais referentes ao processo legislativo. Na maioria dos casos, relaciona-se à inconstitucionalidade formal por violação de competência (repartição de competência entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como das regras de reserva legislativa dos poderes do Estado. Também é possível a declaração de nulidade total da norma quando existe relação de dependência ou interdependência entre suas partes constitucionais e inconstitucionais, como, por exemplo, nos casos de inconstitucionalidade por arrastamento (MENDES e BRANCO, 2015, p. 1307-1308).

A declaração de nulidade parcial, como indica a própria expressão, ocorre quando a invalidação atinge somente parte da norma. Relaciona-se à adoção da teoria da divisibilidade das leis, segunda a qual, em sede de jurisdição constitucional, os



dispositivos que não apresentem vício de inconstitucionalidade, e puderem subsistir de forma autônoma, devem subsistir no mundo jurídico. Necessário que estejam presentes as condições objetivas de divisibilidade, como a ausência de dependência entre os dispositivos e a ausência de intervenção na “vontade do legislador”, no sentido de se impossibilitar, com a declaração de nulidade parcial, a criação de uma “nova lei”, que não corresponda às concepções que deram ensejo à sua aprovação e sanção (MENDES e BRANCO, 2015, p. 1309).

Por fim, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto destina-se a afastar determinadas hipóteses de aplicação ou incidência da lei, que seriam inconstitucionais, mas sem proceder à alteração do seu texto (“programa normativo”). Exemplifica-se com a sanção de uma lei tributária que desrespeite o princípio da anterioridade de exercício (art. 150, III, “b”, CRFB/88): embora seja inconstitucional sua cobrança no mesmo exercício financeiro, a norma pode perfeitamente ser aplicável a partir do exercício financeiro seguinte à sua publicação. Desta forma, a menos que o texto, expressamente, determine alguma forma de cobrança imediata, não haverá nenhuma forma de sua invalidação, mas apenas de um meio faticamente possível de incidência (MENDES e BRANCO, 2015, p. 1309-1312).

4.2 Modulação de efeitos: exceção à teoria da nulidade

Como visto, Rui Barbosa entendia que uma norma declarada inconstitucional era nula de plano, sendo inadmissível que, uma vez contrária ao Texto Magno, pudesse gerar efeitos, o que implicaria, na prática, ainda que de forma possivelmente restrita, revogação de norma de maior hierarquia – situação logicamente incompreensível. Tal pensamento não chega a ir de encontro às formas de nulidade vistas acima, que se relacionam mais ao modo de aplicabilidade da teoria do que, propriamente, exceções à sua regra.

Há, porém, no sistema de controle contemporâneo, situações que verdadeiramente excepcionam a teoria adotada no sistema brasileiro. A



inconstitucionalidade progressiva e sua declaração sem pronúncia de nulidade, por exemplo, demonstram como é possível reconhecer que, de alguma forma, normas que violaram o texto de 1988 podem produzir, ainda que em circunstâncias especiais, efeitos jurídicos, mantidos mesmo após sua apreciação pelo Poder Judiciário. Neste ponto, a situação de maior relevância é, sem dúvida, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma. A questão, como aponta Marinoni (2018), é complexa:

Em não poucos casos, não há racionalidade em riscar do mapa situações derivadas de normas inconstitucionais. Ocorre que não se pode esquecer o outro lado da moeda, isto é, os efeitos perversos que podem ser gerados ao se admitir, como regra teórica, a ideia de que a decisão de inconstitucionalidade não pode retroagir, devendo-se preservar todos os efeitos produzidos pela norma reconhecida inconstitucional.

A Constituição de 1988 não menciona a possibilidade de irretroatividade da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Posteriormente, a solução foi adotada pelo legislador por meio da Lei 9.868/1999, em seu art. 27:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Solução semelhante foi dada na regulamentação da Arguição de Preceito Fundamental (Lei 9.882/1999), em seu art. 11:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Embora o dispositivo sofra críticas no que tange à sua “conveniência e oportunidade”, bem como quanto à sua constitucionalidade (BARROSO, 2012),¹² é fato

¹² Ainda como destaca o autor, entendia o Supremo Tribunal Federal que o postulado da nulidade tinha assento constitucional. Assim, os críticos da Lei 9.868/1999 entendiam que somente uma emenda constitucional poderia excepcionar esta regra (BARROSO, 2012).



que encontrou ampla aceitação por parte do Supremo Tribunal Federal. De fato, é difícil sustentar, nos dias de hoje, a aplicação do regramento da nulidade de maneira absoluta. Uma ponderação muitas vezes se faz necessária, inclusive a fim de respeitar, também, outros postulados, como da segurança jurídica, boa-fé, proteção da confiança etc. Como destacado acima por Marinoni, trata-se de uma situação de difícil resposta. No caso, a opção, tanto quanto possível, foi permitir a ponderação *in concreto*.

Tais questões não passaram pelo exame de Rui Barbosa, mesmo porque não lhe foram contemporâneas. Todavia, analisando toda a genialidade, prudência e sensatez que detinha, é bastante razoável crer que, se tivesse de analisá-las, faria coro à tese de ser possível criar exceções à teoria por ele mesmo defendida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra “Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”, de Rui Barbosa, atualizada para o livro “Atos Inconstitucionais”, aborda a limitação constitucional dos poderes, bem como a nulidade dos atos violadores da Lei Maior, traçando as primeiras linhas do que viria a ser o controle judicial de constitucionalidade no Brasil. O advogado defendeu padecerem de inconstitucionalidade os decretos de abril de 1892, que, na vigência do estado de sítio, declarado como resposta às revoltas de oposição ao Marechal Floriano Peixoto, demitiram empregados vitalícios e reformaram oficiais militares acusados de conspiração e sedição.

Ademais, das ações de reparação civil interpostas pelo autor, em favor dos indivíduos prejudicados por esses atos arbitrários, adveio também a conclusão de que a consequência da inconstitucionalidade dos atos seria a sua nulidade, embora restrita às partes litigantes. Tal forma de pensamento, embora se mostre natural nos dias de hoje, era nova para a época: era quase impensável, numa sociedade em que se pregava o Estado liberal e “direitos de primeira dimensão”, muitas vezes com o juiz não passando da “boca da lei”, que este pudesse pura e simplesmente afastar a incidência de uma norma produzida por um dos outros poderes.



Rui Barbosa teve acertos e também equívocos. Como qualquer ser humano, apresentou contradições, como quando, a despeito de defender o federalismo e a descentralização do poder, ao mesmo tempo se aproximou de notórios centralizadores das funções do Estado, como por ocasião do mandato presidencial de Deodoro da Fonseca – de quem, inclusive, foi ministro. Ele também procura trazer ao Brasil institutos norte-americanos, algumas vezes, talvez, sem se atentar a peculiaridades da realidade brasileira e sem procurar fazer adaptações.¹³

De todo modo, é fato que ele tem grandes méritos e deve ser reconhecido por isso, notadamente na questão principal objeto deste artigo – o controle de constitucionalidade e a natureza do ato inconstitucional. O presente artigo buscou verificar as contribuições de Rui Barbosa no controle de constitucionalidade por ação no ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, e, neste sentido, parece claro que sua doutrina foi de grande relevância ao desenvolvimento das bases deste sistema de controle até mesmo na Constituição de 1988.

A defesa de que atos violadores da Constituição podem ser afastados pelo Poder Judiciário e a tese dos atos inconstitucionais como nulos eram ideias de vanguarda. As teorias levantadas por Rui Barbosa – tanto as de sua autoria quanto aquelas por ele importadas do direito estrangeiro – geraram as bases para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade brasileiro e, neste ponto, com certeza a sua doutrina é elogiável.

Ademais, quando em comparação à teoria da anulabilidade dos inconstitucionais de Hans Kelsen, pode-se dizer que, de maneira geral, a tese de Rui Barbosa saiu vencedora. A nulidade dos atos violadores do texto de 1988 ainda é a regra, embora, como se viu, hoje comporte temperamentos.

REFERÊNCIAS

¹³ Conforme anteriormente destacado, Mendes e Branco (2015, p. 1.137) atentamente observam que o próprio controle de constitucionalidade, da forma como adotado nos Estados Unidos, não teria como ser aplicado ao sistema pátrio de forma idêntica, notadamente pela ausência, no Brasil, de institutos como o do *stare decisis*.



BARBOSA, Ruy. **Atos Inconstitucionais**. Campinas: Russell, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Controle. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.868/1999**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.882/1999**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 300**. Paciente: Eduardo Wandenkolk e outros. Relator: Ministro Costa Barradas. Rio de Janeiro, 27 de abril de 1892. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 406**. Paciente: David Ben Obill e outros. Relator: Ministro Barros Pimentel. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1893.



Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC406.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 410**. Paciente: Mário Aurélio da Silveira. Relator: Ministro José Higyno. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1893. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC410.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 415**. Paciente: Eduardo Wandenkolk e outros. Relator: Ministro Ovídio de Loureiro. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 1893. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC415.pdf>. Acesso em: 11 out. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. Barueri: Manole, 2008.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 1, julho de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

MOURA, Solange Ferreira de (org.). **História do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Universidade Estácio de Sá, 2014.

SILVA, Frederico de Castro; POMPERMAYER, Edison Fernando; OLIVEIRA, Itamar Pereira de. A tese da nulidade e anulabilidade em controle concentrado no sistema pátrio. **Revista Eletrônica Faculdade Montes Belos**, v. 5, n.2, p. 01-14, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 1, julho de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>