## *LEI — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE*

*— O Poder Executivo pode negar aplicação a lei que considere inconstitucional.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Hirondel Simões Luders e outros *versus* Estado de São Paulo
Mandado de segurança nº 127.559 — Relator: Sr. Desembargador COELHO DE PAULA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 127.559, da Capital, em que são impetrantes Hirondel Simões Luders e outros, e é impetrado o Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo: Acordam, os juízes da Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça em repelir a preliminar de carência da segurança contra o voto do relator dêste, que só não a acolhia referentemente ao impetrante, Silvio Dias da Silveira, em restringir o âmbito do pedido ao exame da questão de poder, ou não, o Executivo deixar de aplicar a lei, por entendê-la inconstitucional, vencidos o relator e o Des. Alcides Faro, e, no mérito, denegar a segurança, já agora sem discrepância de votos, pagas as custas pelos impetrantes.

Êsses, dizendo-se professôres públicos do Estado, onde também exerceram, ou ainda exercem funções similares em estabelecimentos particulares, reconhecidos e subvencionados pelo Poder Público, demandaram segurança contra o ato do impetrado recusando aplicação, por inconstitucional, à Lei estadual nº 6.898, de 4 de setembro de 1962, visto entenderem que a êle não era lícito fazê-lo sobrepondo-se ao Legislativo e ao Judiciário, especialmente porque dita lei, mandando contar como de serviço público o prestado aos aludidos estabelecimentos nada tinha de colidente com a Constituição.

Solicitadas informações, sustentou o Dr. Procurador-Geral do Estado a legalidade do proceder do impetrado, e opinou a Procuradoria-Geral da Justiça pela concessão da segurança.

Depois, ofereceu a Fazenda do Estado cópias de dois pareceres, sem qualquer autenticação.

A maioria dos julgadores repeliu a preliminar de carência do *writ*, proposta pelo relator, em virtude da qualidade dos impetrantes não ter sido impugnada pelo impetrado.

E, já agora com o apoio do presidente, restringiu o âmbito do pedido do exame da questão de poder, ou não o Executivo deixar de aplicar a lei, porque inconstitucional, vencidos o relator e o Des. Alcides Faro, que examinavam a própria inconstitucionalidade da lei discutida.

Limitada, assim, a questão, foi a segurança unânimemente negada.

Pois, com a eiva da inconstitucional, a lei em questão não seria tal, porque sôbre ela e antes dela pairava a Constituição, que, essa sim, devia ser obedecida.

Nem estaria o executivo, com a recusa da aplicação dessa lei, vetando-a pela segunda vez e de forma definitiva superpondo-se ao legislativo.

Isso porque, negando-se a aplicar a lei inconstitucional, apenas estaria desconhecendo uma lei nula e que nascera morta, por não ter tido momento algum de validade, como já decidira êste tribunal (*Revista dos Tribunais*, vol. 323/341).

E com êsse procedimento, estaria ensejando a quem se julgasse prejudicado o recurso ao judiciário, como, aliás, se deu no presente caso.

São Paulo, 7 de fevereiro de 1964 — *Raphael de Barros Monteiro*, Presidente com voto de desempate na segunda questão preliminar — *Coelho de Paula*, Relator, vencido nas preliminares — *Djalma Pinheiro Franco*, de conformidade com a declaração do Desembargador Rodrigues Pôrto — *Alcides Faro*, vencido na segunda preliminar — *Rodrigues Pôrto*, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: O Sr. Governador do Estado, sob o fundamento de ser inconstitucional a Lei nº 6.898, de 4 de setembro de 1962, declarou-se disposto a não dar-lhe cumprimento. Os impetrantes, que seriam beneficiados por essa lei argúem de inconstitucional êsse ato do Sr. Governador e pedem que isso seja afirmado por êste tribunal. Sustentam que o Governador do Estado não tem competência constitucional para tal decisão, pois sòmente o Senado ou a Assembléia Legislativa podem suspender a execução de lei, após ser declarada inconstitucional pelo Judiciário.

A petição inicial alude, de passagem, ao fato de ser constitucional a referida Lei nº 6.898; entretanto, acentua que a segurança se dirige apenas contra o ato do Sr. Governador, que suspendeu arbitràriamente a execução dessa lei. Votei limitando o âmbito do pedido à inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato do Sr. Governador, pois a questão da inconstitucionalidade da mencionada Lei nº 6.898 foi expressamente excluída dêste pedido de segurança, como se vê destas passagens da petição inicial: "Além disso, qual o fundamento do pedido? A inconstitucionalidade do ato do Executivo que negou a aplicação de lei regularmente promulgada. O *thema decidendum* não é a inconstitucionalidade da lei que o Executivo se nega a aplicar, e sim, a inconstitucionalidade dessa atitude negativa"; e adiante: "Se o Judiciário, indo além dos lindes do litígio, declarar inconstitucional a lei, estará sufragando, embora de modo indireto, a usurpação de podêres cometida pelo Executivo..."; e ainda: "Cabe ao Judiciário, *in casu*, examinar da legitimidade da conduta do Executivo, e nada mais." E o fecho da petição inicial é êste: "Em face do exposto, esperam os impetrantes que se lhes conceda a segurança requerida, a fim de que, declarado inconstitucional o ato do Governador do Estado, possam êles adquirir, desde logo, o direito que o Poder Legislativo lhes procurou assegurar."

Outrossim, a apreciação da constitucionalidade ou legalidade daquele ato do Sr. Governador não acarreta, necessàriamente, o exame da inconstitucionalidade ou não da lei cuja aplicação foi recusada pelo Executivo.

No mérito, a denegação do pedido era de rigor. Ao chefe do Poder Executivo é lícito deixar de executar lei que considere inconstitucional, até, que o Poder Judiciário, provocado por quem de direito, decida a respeito da constitucionalidade ou não da lei.