

Aspectos

DO CONTRÔLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Roberto Rosas

Professor da Universidade de Brasília, da Universidade do Distrito Federal e da Faculdade de Direito do Distrito Federal

SUMARIO

1 – Constituições rígidas e flexíveis. 2 – Conceito de constitucionalidade. Presunção de constitucionalidade. 3 – Origens. Marshall e a inconstitucionalidade das leis. 4 – O controle no Brasil. As Constituições: de 1824 à Emenda Constitucional n.º 1. A legislação pertinente. 5 – Inconstitucionalidade em tese. Sistemas de controle. 6 – O S.T.F. e o controle. A função do Procurador-Geral da República. A liminar. Desistência. 7 – A inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça. Prejudicial de inconstitucionalidade. A decisão do juiz singular. 8 – Os efeitos da declaração. O papel do Senado. Apreciação pelo Tribunal de Contas. 9 – Constitucionalidade de tratado ou acôrdo.

As Constituições classificam-se em rígidas ou flexíveis quanto ao aspecto de sua reforma ou revisão.

A necessidade de um processo especial para a alteração constitucional vem caracterizar o sistema das constituições rígidas, ao lado da constituição flexível que não obedece a um processo especial de alteração. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Melo ("Teoria das Constituições Rígidas") e Nelson de Souza Sampaio ("O Poder de Reforma Constitucional") esses conceitos, às vezes, têm sofrido alterações com o surgimento de casos concretos que possibilitam a sua diversificação.

Ao lado dessas formas temos o sistema semi-rígido como foi o adotado na Carta Imperial de 1824. Ao lado de uma forma rígida para a reforma ou revisão de certos dispositivos, temos a forma flexível para os demais dispositivos não incluídos no rol anterior. (1).

Esses sistemas vêm diversificar o conceito de constitucional, a possibilidade de encorarmos a legitimidade constitucional dos outros dispositivos hierárquicamente inferiores à Carta Magna. Porisso, a inalterabilidade, ou melhor, a consolidação constitucional vai permitir ao legislador ordinário maior estabilidade, não fixação de certas premissas para coadunar os preceitos legais ordinários com a Constituição.

No regime federativo a indiscutida supremacia da Constituição federal obriga a existência da impossibilidade de alterações constitucionais.

Portanto, o conceito de constitucionalidade deve ser enfocado pelo legislador para entender-se seu real significado.

Na doutrina constitucional americana, fixou-se a regra do "beyond a reasonable doubt", isto é, prevalece sempre o princípio da constitucionalidade. A dúvida é invocada em favor da constitucionalidade.

Não tem sido fácil verificar-se o alcance da constitucionalidade. Nem sempre a norma ordinária viola o preceito constitucional. Mas, se os princípios genéricos, a regra geral, estão usurpados, implicitamente, tem que se considerar a existência de inconstitucionalidade. Não é assente, nem pacífico êsse entendimento.

O Ministro Aliomar Baleeiro, ao decidir sôbre a declaração de inconstitucionalidade, tem muito receio e opõe dúvidas ao declará-la quando não é patente, flagrante e manifesta a inconstitucionalidade.

Valem os ensinamentos da dúvida suscitada por Lambert ("Le Gouvernement des Juges") sôbre o alcance da decisão relativa à constitucionalidade e a refutação feita por Roger Pinto, para sentirmos que os leões do trono de Salomão, às vêzes, podem insurgir-se contra outro Poder; e a placidez apregoadada por Francis Bacon ("Essay on Judicature") fica sobrepujada.

O Juiz necessita de boa cautela na apreciação da constitucionalidade da lei, porque não pode ferir outro Poder, o Legislativo.

Como afirma Eduardo Coutoure (2): "la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces; cuando ellos desfallecem, ya no existe más."

Os longevos dispositivos entendidos como constitucionais não inseriram a regra da constitucionalidade das leis e seu contrôlo.

(1) João de Oliveira Filho — "O esquema das Constituições escritas ou as matérias constitucionais" — Revista de Informação Legislativa n.º 10 — pág. 9.

(2) Apud Celso Agrícola Barbi — "Evolução do contrôlo da constitucionalidade das leis no Brasil" — Revista de Direito Público 4-34 e Revista da Procuradoria-Geral da GB 16/1.

A Magna Carta (1.215) silencia completamente. Mas podemos entrever longinquamente em Atenas e Roma a defesa do princípio maior. É sobejamente conhecida a importância dada por Aristóteles (Constituição de Atenas) e outros escritores como Isócrates.

Em Roma a "rem publicam constituere" era preceito válido para tornar a lei de ordem pública sobre qualquer interesse particular.

Mais recentemente (século XVII), os Estatutos de Connecticut (1639) são considerados por James Bryce ("The American Commonwealth") como a primeira constituição no mundo, tais as suas características.

Também o documento firmado pelos "Pilgrim Fathers" do Mayflower servirá de embasamento às origens de outras constituições, como foi o "The Instrument of Government" de Cromwel e o BILL OF RIGHTS de 1688.

Verdadeiramente, Lord Coke foi considerado o pioneiro da orientação pelo controle da constitucionalidade das leis (3).

John Marshall, juiz da Corte Suprema americana no início do Século XIX, deu as diretrizes definitivas quanto à supremacia da constituição federal. Por isso perguntava: se a norma constitucional federal tinha ou não primazia sobre a norma constitucional estadual. Não era fácil a solução, e a resposta dada pelo próprio Marshall foi decisiva, no julgamento do famoso caso Marbury V. Madison (1803), e também no caso Mc Culloch V. Maryland (1819).

Novamente, a Corte americana, já na Presidência do Justice Taney, declarava inconstitucionais certos dispositivos relativos à escravidão, no caso Dred Scott.

WILLOUGHBY afirma que não foi fácil a implantação desses princípios inovadores, principalmente numa corte de juizes conservadores, alheios ao progresso e à evolução. No entanto, essa diretriz foi eminentemente construção pretoriana, avançada e salvadora dos princípios federativos.

De fácil assimilação nos países de regime federativo, o controle da constitucionalidade das leis está assente em algumas constituições, como a da Alemanha, onde existem dois tribunais, um prevendo a unidade do direito federal (UBERSTES BUNDESGERICHT) e o Tribunal Constitucional Federal (BUNDESVER-FASSUNGSGERICHT), segundo o art. 95 da Constituição alemã.

Há que se atender para o ensinamento de BLACK ("HANDBOOK ON CONSTITUTIONAL LAW") considerando a presunção da constitucionalidade das leis. Se as leis devem ser feitas pelo órgão legislativo, *juris tantum*, são presumidas constitucionais em vista da obediência a regras técnicas da verificação da constitucionalidade. É a regra. No Brasil temos várias exceções, como sejam os decretos-leis que não obedecem

(3) Alejandro Giggiani — "Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad" — pág. 10; Loureiro Júnior — "O Controle de Constitucionalidade das Leis" — pág. 19.

a essa tramitação. Por isso, o Supremo Tribunal Federal no ano de 1967, declarou inconstitucional o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 322, que deferia a purgação da mora nas lacções comerciais (4).

Algumas decisões admitem o exame da constitucionalidade por qualquer dos Podêres (Revista dos Tribunais — 354/153). Por outro lado, impede-se o reexame, presumindo-se as leis como constitucionais (5).

A Constituição defere ao Poder Executivo baixar decretos-leis sobre matéria de finanças públicas. Parece que o sentido desta expressão é muito lato, por vêzes, podem surgir problemas (6).

No Brasil, o projeto constitucional de Antonio Carlos (1823) previa implicitamente a possibilidade do contrôlle da constitucionalidade das leis. O projeto não foi adotado e a Carta de 1824 não faz a mais leve consideração sobre o assunto. Porisso, Levy Carneiro ("Federalismo e Judiciarismo") critica a atuação do Supremo Tribunal de Justiça quanto à sua omissão em tema da maior importância, como a constitucionalidade das leis.

Na Constituição de 1891, competia ao S.T.F. o julgamento do Recurso Extraordinário quanto à validade da decisão diante da Constituição.

A Carta de 1937 permitia a declaração de inconstitucionalidade, mas permitia a revisão ditatorial. Verificamos na Constituição de 1967 ampliação desse poder do S.T.F. (7).

O Decreto n.º 848 e a Lei n.º 221, que constituíram ou deram forma à justiça federal, já previam dispositivos que deixavam entrever a possibilidade do exame da constitucionalidade das leis. Somente a Lei n. 2.271, de 22-7-54, declarou caber ao Procurador-Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos do art. 7.º, VII, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

A Lei n.º 4.337, de 1-6-1964, veio consolidar esse procedimento, especificando quanto aos atos dos poderes estaduais que infrinjam qualquer dos princípios estatuidos no art. 7.º, VII.

(4) Otto Gil — "Os Decretos-leis na Constituição de 1967" — Revista de Informação Legislativa 17/27; Nelson de Sousa Sampaio — "Limites dos decretos-leis" — Revista de Informação Legislativa 13/29.

(5) R.T. 354/142; 263/32. Antonio Carilho Flores — "O Executivo e as Leis Inconstitucionais" — Arquivos do Ministério da Justiça 30/27; R.D.A. 47/236; Revista Forense 212/144. Quanto à constitucionalidade dos regulamentos veja-se a opinião de Marcel Prélot ("Institutions Politiques" — 1969 — pág. 749).

(6) Ruy Barbosa Nogueira — "Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias" — pág. 36.

(7) Ministro Gonçalves de Oliveira — "Novos Aspectos da Competência Constitucional do S.T.F." — Revista de Informação Legislativa 15/27; Henech Reis — "Inconstitucionalidade de lei na doutrina brasileira" — Revista de Direito Público 2/41.

O Decreto-Lei n.º 216, de 27-2-67, previa a possibilidade de o Governador do Estado, após a promulgação da Carta estadual, dentro em 60 dias, representar ao S.T.F. por intermédio do Procurador-Geral da República sobre a constitucionalidade das suas disposições.

Bryce insurgiu-se contra a possível inconstitucionalidade em tese. Durante muitos anos discutiu-se a sua possibilidade, porém, hoje é indubitável a sua existência. Norteou-a a Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, atribuindo ao S.T.F. a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual. Idêntico dispositivo foi inscrito na Constituição de 1967 (art. 114, I, 1).

Dois sistemas são adotados para o controle da constitucionalidade: preventivo ou posterior (8).

O sistema preventivo é possibilitado pela antecipação da verificação pelo Judiciário. Como observa Benjamim Cardoso, é chorar antes de sentir a dor.

O segundo sistema exige a existência do fato concreto, acimado de inconstitucional. Pode ser feito no Brasil através da Representação, ou como pretende o Prof. Alfredo Buzaid: ação direta para declaração de inconstitucionalidade.

Mas o S.T.F. pode examinar a constitucionalidade em qualquer feito (Recurso Extraordinário etc.) Como afirma Seabra Fagundes, "com tal medida se enseja à União a possibilidade de aferir a validade constitucional dos seus próprios textos legais, ainda quando superada a fase política do exame deles pela sanção (expressa ou tácita) ou pela rejeição de veto; com ela se abre campo mais largo à apreciação da compatibilidade de leis e outros atos normativos dos Estados com a Constituição da República" (9).

No S.T.F. a via mais comum é a da Representação que se fortificou na jurisprudência da egrégia Corte a partir da Constituição de 1946. Há que verificar nesse processo a distinção entre constitucionalidade material e constitucionalidade formal (10).

A arguição é oferecida no S.T.F. através do Procurador-Geral da República. Tem-se discutido sobre a possibilidade de negar, o Chefe do Ministério Público Federal, seguimento à Representação. Não há casos concretos. As Leis n.ºs. 2.271 e 4.337 prevêm prazos para o oferecimento. Não faculta ao Procurador-Geral o encaminhamento ou não à Corte. Parece-nos direito líquido e certo de qualquer pessoa ver sua representação enviada ao S.T.F., ainda que a Procuradoria-Geral da República opine contrariamente (11).

(8) Nelson de Sousa Sampalo — "O Processo Legislativo" — 1968 — pág. 128; Carlo Ceretti — "Diritto Costituzionale Italiano" — 1966 — pág. 600.

(9) "O Poder Judiciário na Constituição de 1967" — Revista da Procuradoria-Geral da GB 16/1; Serio Galeotti — "Introduzione alla Teoria dei Controlli Costituzionali".

(10) Crisafulli — "Sezioni di Diritto Costituzionale" — Vol. I, 273, Enrico Spagna Musso — "Introduzione ad uno studio sulle fonti atipiche" — Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile — 1966 — pág. 181; Mauro Cappelletti — "Gli organi di controllo della legittimità costituzionale delle legge" — Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile — 1967 — pág. 863.

(11) Roberto Rosas — "Inconstitucionalidade — Representação — Resolução do Senado" — Revista de Informação Legislativa — 19/35.

Oferecida a Representação, não mais poderá, o Procurador-Geral, requerer desistência.

Quanto à liminar suspendendo os efeitos de ato ou lei acimados de inconstitucionalidade, o S.T.F. tem dois precedentes dos Ministros Victor Nunes e Ary Franco.

Comumente os Tribunais de Justiça apreciam a constitucionalidade de lei. A Constituição de 1946 (art. 200) e a atual Emenda Constitucional n.º 1 (art. 116) exigem o voto da maioria absoluta de seus membros para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público (12).

Questão processual surge, quando no Tribunal de Justiça é suscitada a prejudicial de constitucionalidade e o feito é levado ao Tribunal Pleno para deslinde da questão. Posteriormente é devolvido à Câmara ou Turma para o julgamento do mérito quando não é declarada a inconstitucionalidade.

Qual o momento para a interposição do recurso extraordinário? Quando havia o recurso ordinário em mandado de segurança, o S.T.F. decidiu no R.M.S. 15.212 que o recurso seria interposto da decisão da Câmara ou Turma (13).

A inconstitucionalidade declarada pelo juiz singular é passível de dúvida, porquanto a Constituição federal no art. 116 exige a maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Na competência privativa do Senado Federal insere-se a de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais (14).

Os efeitos da declaração são meramente *ex nunc*. Não tem efeitos retroativos (15).

Segundo a Súmula n.º 347 o Tribunal de Contas, no uso de suas atribuições, pode examinar a constitucionalidade de lei ou ato (16).

Para Mauro Cappelletti, ilustre jurista italiano que tem escrito sobre a constitucionalidade das leis, os tratados e convenções não ficam imunes ao controle da constitucionalidade. Na França os acordos internacionais não estão isentos do controle (17).

(12) Pinto Ferreira — "As Constituições dos Estados no Regime Federativo" — Revista de Informação Legislativa — 2/18.

(13) Roberto Rosas — "Prejudicial de inconstitucionalidade" — Revista dos Tribunais 398; Mauro Cappelletti — "Pregiudizialità costituzionale nel Processo Civile", Milano, 1967; Calamandrei — "La Illegittimità costituzionale delle leggi nel Processo Civile".

(14) Revista de Informação Legislativa 19/35.

(15) Alfredo Buzaid — "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro" — págs. 79 e 135; Carlo Ceretti — "Diritto Costituzionale Italiano" — 1966 — pág. 609; Michelle Rossano — "Limiti della retroattività delle pronunce d'illegittimità costituzionale e limite temporale dell'efficacia di norme dichiarate costituzionalmente illegittime" — Scritti in memoria di Antonino Giuffrè, III 1967, pág. 872.

(16) Roberto Rosas — "A Função Jurisdicional do Tribunal de Contas" — R.D.A. 93/430; Wilson Accioli de Vasconcelos — "O Tribunal de Contas e o Problema da Apreensão da Constitucionalidade das leis e atos" — Revista de Informação Legislativa 18/75.

(17) Marcel Prélot — "Institutions Politiques" — 1961 pág. 797; George Scelle — "Précis de Droit des Gens", II, 436; Antonio Cassese — "L'art. 10 della Costituzione Italiana e l'incostituzionalità di atti normativi contrari a norme interne di adattamento al Diritto Internazionale General" — Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico — 1964, 349.