

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

Roberto Rosas (*)

Este tema é da mais alta importância, às vésperas de uma Constituinte, e de uma futura Constituição, talvez melhor estruturando o controle da constitucionalidade em capítulo especial, tal a dispersão de dispositivos sobre esse controle, que, no direito brasileiro, pode ser feito diretamente pelo Judiciário ou indireto pelo Legislativo ou pelo veto pelo Chefe do Poder Executivo. Lembre-se ainda que a presunção de constitucionalidade é relativa, mas devidamente aceita pelo Judiciário brasileiro, para, somente declarar a inconstitucionalidade com razoável dúvida, e não pelo ligeiro vislumbre de inconstitucionalidade. Ademais, supera-se a declaração de inconstitucionalidade, se a prestação jurisdicional pode ser dada sem a declaração de inconstitucionalidade, ou então não há declaração de inconstitucionalidade, se os fatos são controvertidos, e impossível o confronto com a Constituição.

Muitas vezes não é feita a distinção importante entre a inconstitucionalidade formal, isto é, o conflito explícito ou implícito da lei com a Constituição e a inconstitucionalidade material decorrente da aplicação da norma ao caso concreto, com a violação do direito assegurado pela Constituição.

Distingue-se, assim, a inconstitucionalidade não flagrante e a violação ao texto constitucional não se mostra clara. Então distinguimos a clara afronta aos princípios constitucionais ou a evidente violação do próprio texto constitucional. Essas distinções fazem-se necessárias, porque o texto constitucional brasileiro é extenso, minucioso, tratando de muitos pontos, mais adequados à legislação ordinária. Portanto, a violação ao texto constitucional brasileiro é muito mais notória do que em relação aos textos constitucionais estrangeiros, normalmente sintéticas ou enunciadoras de princípios. Veja-se a constituição brasileira sobre sistema tributário, poder judiciário, processo legislativo, fontes de inúmeras declarações de inconstitucionalidades, tal o casuismo do texto constitucional. Veja-se, no entanto, o paradoxo de controle. O artigo 153 relativo aos direitos e garantias individuais, com 36 parágrafos com os mais importantes princípios desde a isonomia, a legalidade, o mandado de segurança, o **habeas corpus**, a ampla defesa no contraditório, o juiz natural, e o muito importante § 36 desse artigo 153, que além dos direitos e garantias nos 35 parágrafos anteriores, ainda considera dentro desses direitos e garantias individuais aqueles inerentes à democracia. Veja então, que esses princípios seriam fontes de declarações de inconstitucionalidade. No entanto, talvez por dificuldade de enquadramento não é a impugnação mais comum na declaração

(*) Professor da Universidade de Brasília. Advogado em Brasília. Ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

de inconstitucionalidade, ao contrário das inconstitucionalidades declaradas nos Estados Unidos, na Itália, na França e até na Alemanha. Lá as objeções são assentadas nos princípios constitucionais, mesmo porque as respectivas cartas, a começar pela americana, são sintéticas, ao contrário da brasileira, daí a amplidão das hipóteses de controle da constitucionalidade no Brasil. O controle da constitucionalidade inicia-se com o exame pelas casas do legislativo, por suas comissões e até por seu Plenário. Afinal, o Chefe do Poder Executivo, seja Presidente da República, o Governador ou o Prefeito, pode vetar o projeto da lei, por inconstitucionalidade. Essa decisão executiva pode ser refutada pelo Legislativo, se rejeitar o veto executivo, e então, a lei, a nível do processo legislativo, é promulgada, e portanto, presume-se a sua constitucionalidade.

A Constituição federal estrutura o controle da constitucionalidade da lei em dois pontos: na decisão dos Tribunais que declaram a inconstitucionalidade, por maioria absoluta e na decisão do Supremo Tribunal, em representação ou incidentalmente, daí o controle preventivo. Previamente o Tribunal de segundo grau ou o Supremo Tribunal, decide sobre a constitucionalidade. O controle incidental é feito em qualquer processo de qualquer natureza (**habeas corpus**, mandado de segurança, ações em geral). Suspende-se o julgamento para o exame da prejudicial de inconstitucionalidade. Já o controle em tese é exercido pelo Supremo Tribunal no exame da Representação do Procurador Geral da República. Essas formas de controle têm evoluído no Brasil.

Na Constituição de 1824, nada se disse sobre o controle, nem havia razão histórica para tanto, porque a Corte americana elaborara a decisão *Marbury V. Madison*, 20 anos antes, sem que se noticiasse nesta parte do mundo tal avanço. Ademais, o Império brasileiro não tinha um sistema Judiciário aparelhado ou conhecedor dessas técnicas.

Já a Constituição de 1891 facultou o recurso para o Supremo Tribunal, quando se questionasse sobre a validade da lei, e a decisão do Tribunal Estadual fosse contra ela (art. 59, § 1.º, a), que fez Rui observar sobre a competência das Justiças, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição.

A Constituição de 1934 ampliou o poder do Supremo Tribunal na apreciação da constitucionalidade das leis, qualificando o **quorum** de dois terços dos juizes para a declaração da inconstitucionalidade, obviando a crítica americana às decisões cinco contra quatro, comuns à época na Corte americana.

A Carta ditatorial de 1937 regrediu em matéria de controle da constitucionalidade, como retrocedeu em relações políticas. Se uma lei fosse declarada inconstitucional e a *juízo do Presidente da República fosse necessária ao bem-estar do povo*, à promoção ou defesa de interesse nacional, ele poderia submeter essa lei novamente ao Parlamento. Como o Congresso ficou fechado de 1937 a 1945, nunca se exercitou essa possibilidade, e o Presidente Vargas tornou sem efeito decisão do Supremo Tribunal que declarou a inconstitucionalidade de lei relativa a imposto de renda dos magistrados.

Foi a Constituição de 1946 que deu ao Supremo Tribunal o exame, em tese, da inconstitucionalidade da lei estadual, e essa novidade foi bem examinada em

Importantes Representações, salientando Castro Nunes, então Juiz da Suprema Corte, a novidade da ab-rogação da lei estadual.

Entretanto, cabe a reminiscência histórica para lembrar Rui Barbosa com a primazia que o grande jurista deu ao controle dos atos do Executivo e do Legislativo pelo Judiciário. Em 1894, Rui propôs ação para invalidar atos do Presidente Marechal Floriano que punira oficiais generais. Rui invocava a orientação da Suprema Corte americana no caso *Marbury V. Madison* quando John Marshall, em 1803, instituíra a doutrina do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos do Executivo. Rui, no trabalho judiciário que se chamou "Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo", discutiu o controle da constitucionalidade. Não foi atendido nesse pleito judiciário, mas deixou à doutrina a semente do controle jurisdicional da constitucionalidade, que veio a se cristalizar na Constituição de 1946, a partir de quando o Supremo Tribunal passou a examinar a constitucionalidade das constituições estaduais diante do texto constitucional federal, que se fortaleceu na Emenda Constitucional n. 16 de 1965, ao reafirmar a posição do Procurador Geral da República como titular da Representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal. **De lege lata** somente ele pode encaminhar ou não essa representação. Muito se critica essa exclusividade, tal o poder dado ao Chefe do MP federal que ocupa cargo de confiança do Presidente da República, demissível **ad nutum**. Há tendência para manter essa titulariedade, sem exclusividade, dando-a, também, ao Presidente da República, aos Governadores, e até ao Conselho Federal da OAB.

O juiz pode deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional. Entretanto, somente os tribunais podem declarar, por maioria absoluta, a inconstitucionalidade da lei. Na lei criadora da Justiça Federal (Lei n. 221/1984) permitiu-se aos juízes e tribunais a inaplicação das leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituições. No entanto, a decisão do juiz singular é **inter partes** e não **erga omnes** como a decisão do Supremo Tribunal (Alfredo Buzaid — Ação Direta, pág. 59; Lucio Bitencourt, pág. 35).

Pergunta-se se o Poder Executivo ou qualquer autoridade pode deixar de cumprir a lei a pretexto da inconstitucionalidade? Se essa afirmação foi possível, inclusive em votos no Supremo Tribunal, hoje não tem mais razão de ser, visto que a Representação do Procurador Geral da República, que exerce cargo de confiança do Poder Executivo, e portanto, não deixará de encaminhar a representação ao Supremo Tribunal, e até requerer a liminar.

A lei municipal não pode ser controlada pela via direta da Representação ao Supremo Tribunal. A autonomia municipal é assegurada pela Constituição. Entretanto, o município deve observar os princípios indicados na Constituição estadual ou cumprimento de execução de lei ou decisão judiciária (art. 15, § 3.º d).

A Constituição permite que o Procurador Geral da Justiça, Chefe do Ministério Público estadual, represente ao Tribunal de Justiça do Estado, para fins de intervenção estadual nos municípios, acerca da inconstitucionalidade da lei municipal à luz da Constituição estadual. Se o confronto for entre a lei municipal e a Constituição federal caberá o recurso extraordinário (art. 119, III, e).

É importante fixar o procedimento adotado no Supremo Tribunal sobre o controle da constitucionalidade da lei ou ato federal ou estadual.

Encaminhada a Representação à Corte, é distribuída a um dos Ministros, que solicita informações ao Poder legislativo ou à autoridade emissora do ato normativo. A seguir é ouvido o Procurador Geral da República que emite o parecer conclusivo. Elaborado o relatório, o Ministro Relator o distribui aos outros Ministros, inclusive o Presidente, que em matéria constitucional sempre vota. Na sessão de julgamento, na presença mínima de oito ministros, será declarada a Inconstitucionalidade com a maioria absoluta de seis votos. Do mesmo proceder, quando há arguição de Inconstitucionalidade incidental, isto é, em qualquer processo.

A representação de inconstitucionalidade não está atingida pelo prazo decenal. Se há a invalidade da norma, esta não se convalida com o tempo, daí temos a enfrentar o tormentoso problema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se *ex tunc* ou *ex nunc*.

Para Amaral Santos as sentenças que afirmam a inconstitucionalidade são meramente declaratórias, porque outra coisa não fazem senão declarar a certeza da existência ou inexistência da relação jurídica. Portanto, é sentença declarativa e não constitutiva. Partindo-se de Calamandrei podemos afirmar que a norma jurídica tem sempre validade, inferindo-se daí que ela não pode ser nula, porém, apenas anulada. Os efeitos do pronunciamento jurisdicional que declara a inconstitucionalidade se fazem sentir a partir da declaração como se uma nova lei viesse a modificar ou ab-rogar que foi reconhecida como ilegítima diante da Constituição.

Durante muitos anos houve restrições à concessão de medida cautelar, propiciadora da suspensão imediata dos efeitos da lei argüida de inconstitucional. Argumenta-se com a suspensão privativa do Senado. Assim mesmo, a Corte diversas vezes concedeu a liminar em representação, que se tornou regra constitucional a partir da Emenda Constitucional n. 7, de 1977 que a consagrou, como importante medida cerceadora da vigência de lei de duvidosa constitucionalidade passível de produzir efeitos de impossível reparação caso seja aplicada.

Foi a Constituição de 1934 que outorgou ao Senado Federal a suspensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal que declarou a inconstitucionalidade. Essa missão congressual persiste na atual Constituição. Pergunta-se, no entanto, qual o verdadeiro papel do Senado na suspensão dos efeitos da lei declarada inconstitucional. Na verdade, a razão está na matriz legislativa, que não é uma resposta adequada, visto que o Senado também suspende lei estadual declarada inconstitucional. Apenas a Casa maior do legislativo brasileiro torna pública a decisão judicial.

O Supremo Tribunal tem entendido, e está em seu Regimento Interno (art. 175) apenas *submeter ao Senado Federal a declaração incidental de inconstitucionalidade* (Constituição — art. 42, VII), e não a declaração de inconstitucionalidade feita em representação. Neste caso, apenas é dado conhecimento ao Presidente da República para decretar a intervenção federal no Estado, na observância dos princípios constitucionais (art. 10, VII).

Pergunte-se ainda se o Senado Federal apenas é órgão homologador da decisão do Supremo ou pode revê-lo. Dentro da estrutura constitucional, o Senado suspende os efeitos da lei declarada inconstitucional, e não pode adicionar ou subtrair à decisão da Corte.

Vejamos tema que preocupa atualmente o jurista constitucional sobre a inconstitucionalidade por omissão, aguçado pela Constituição de Portugal que a confiança pelo não cumprimento, por inércia legislativa ou administrativa (art. 283).

As normas que contém preceitos determinadores de disciplina imediata e vinculante são normas preceptivas; as normas que contém princípios fixadores de diretivas aos órgãos legislativos são normas programáticas. Se a norma programática estabelece objetivos da atividade estatal, impondo o cumprimento de um programa. Essa norma é preceptiva, neste ponto, vistas como formas impositivas constitucionais, impondo seu cumprimento aos órgãos estatais.

No Brasil a exigência da efetivação da norma constitucional programática tem sido incentivada a partir de Pontes de Miranda que acentuou a programaticidade das regras jurídicas constitucionais sobre a educação (Comentários à Constituição — VI/349), e o direito público subjetivo à educação. Ao contrário, mostra que a assistência educacional aos alunos necessitados, prevista na Constituição federal (art. 177, § 2.º) é meramente programática, sem sanção, e sem direito público subjetivo. O Supremo Tribunal, em recente decisão, considerou que a norma constitucional programática benéfica não pode ser inaplicada, se o seu destinatário não preencheu requisitos. No caso concreto, um menor com 12 anos de idade, sofreu acidente no trabalho. Caracterizada a relação laboral, o Supremo Tribunal determinou o pagamento do seguro por acidente no trabalho, a despeito da regra constitucional que não permite o trabalho a menores de doze anos (art. 167, X) (RE 104654 — Rel. Ministro Francisco Rezek — DJ. 25.4.86 — pág. 6.514).

Ao nos aproximarmos de uma Constituinte, é importante o realce ao controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Executivo, garantia tão importante como as garantias constitucionais do **habeas corpus** e do mandado de segurança.