

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 171 • Novembro 2014



XXII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Editorial: Novo governo – Novas esperanças

Controle de constitucionalidade

Discussão desafiadora!

Juarez Casagrande | Advogado

Em que pese nossos recentes estudos publicados terem sido voltados a contribuir com os apaixonados do direito tributário, nessa estrada, não por poucas vezes, tanto aqueles que pleiteiam a tutela jurisdicional como aqueles que entregam a tutela jurisdicional acabam tendo que enfrentar os novos diplomas legais inseridos no mundo jurídico, principalmente os incluídos pelo Legislador Constituinte Derivado, que, por ora, para alguns revoga o direito anterior e para outros cria direitos que outrora eram incompatíveis à esfera do sujeito. Assim, em uma singela reflexão, buscaremos verificar a abrangência e o significado da superveniência no sistema brasileiro. Em resumo, pode-se entender que a superveniência de norma constitucional importa a derrogação do direito anterior com ela incompatível. E, nesse caso, a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada com todas as suas implicações no âmbito de direito intertemporal.

Alguns doutrinadores consideram que a situação de incompatibilidade entre uma norma legal e um preceito constitucional superveniente traduz valorização negativa da ordem jurídica, devendo, por isso, ser caracterizada como inconstitucionalidade, e não simples revogação.¹

A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/1969, tratava dessa colisão,

tal como já mencionado, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*.

A questão encontra posições ambíguas, sendo que uma delas afirma que a norma legal não albergada pela Constituição Federal não teria como ser reconhecida como inconstitucional, razão por que sua existência teve vigência até o nascimento da Constituição nova.

Nesse contexto, a norma legal não poderia ser objeto de inconstitucionalidade, já que o novo texto constitucional a ela nada mensurou.

A matéria refugirá, pois, ao âmbito de juízo de constitucionalidade, situando-se na esfera da simples aplicação do direito (*Rechtsanwendungsrecht*).²

Em análise ao art. 83 da Constituição de 1891, anotou Barbalho que “semelhante determinação vale por um aviso e instrução aos executores da Constituição – aos legisladores, as autoridades judiciais e as da administração; pois mesmo sem ella ficaria revogada toda a legislação avessa aos princípios e preceitos da Constituição (...) pelo simples facto da promulgação desta”.³

E, adiante, explicitava o eminente magistrado as razões históricas que determinaram a formulação do art. 83:

[...] no *regimen transacto* dera-se o facto de, por falta de expresso texto constitucional, se considerarem vigentes, ainda depois da Constituição, disposições legaes virtualmente revogadas por ella (taes como as referentes a servidão da pena, a morte civil, a differença nos direitos de succssão hereditaria entre os filhos de homem nobre e peão, e outras



referidas por Teixeira de Freitas, Consol. das leis civis, Introdução, in princ. e Paula Baptista, Herm. Jur. § 22 not 2). Quiz evitar cousas d'essas a Constituição actual e formalmente declarou destruída a legislação contraria a sua letra e espirito.

Assim, que, não mais vigoram, não obrigam e são como si não existissem todas as disposições legaes do antigo regimen nas condições acima dictas, e isto mesmo independentemente de acto do congresso revogando cada uma d'ellas. As autoridades não as podem mais applicar, os cidadãos não mais lhes deve obediencia e a justiça, quando a isso provocada por via legal, tem rigorosa obrigação de ir em amparo d'elles contra a applicação dessas leis mortas, fulminadas pela Constituição.⁴

Também Pontes de Miranda enfatizava que “a noção de constitucionalidade é, juridicamente, a partir do momento em que começa a ter vigor a Constituição; todo o material legislativo que existe considera-se revogado no que contraria os preceitos constitucionais”.⁵

No Supremo Tribunal Federal (STF) há registros de manifestações no sentido de se apreciar a questão à luz dos pressupostos da constitucionalidade.⁶

Todavia, a orientação jurisprudencial do Tribunal sob a Constituição de 1967/69 não deixava dúvida de que a compatibilidade do direito anterior com norma constitucional superveniente haveria de ser aferida no âmbito do direito intertemporal.⁷

Kelsen, no famoso escrito sobre as garantias jurisdicionais da Constituição, deixa assente que a anulação de uma norma supõe a precedência da lei superior. É o que se lê na seguinte passagem do seu magnífico estudo:

A anulação de uma lei por parte de uma Corte Constitucional – aqui se refere principalmente às normas gerais – é a rigor necessária apenas quando a norma inconstitucional for superveniente à Constituição. Em se tratando de lei anterior contraria à Constituição, verifica-se a sua revogação pelo princípio da *lex posterior*; uma anulação afigura-se supérflua, até mesmo logicamente impossível. Isso significa que os tribunais e as autoridades administrativas deverão – salvo restrição do direito positivo – verificar a existência de contradição entre a nova Constituição e a lei anterior e decidir em conformidade com essa aferição. A situação, em particular das autoridades administrativas, que, normalmente, não dispõem de autorização constitucional para proceder a essa aferição, mostra-se bem diversa. E isto afigura-se particularmente relevante em um período de mudanças constitucionais radicais, como as introduzidas em numerosos Estados após a Grande Guerra. A maioria das Constituições desses novos Estados receberam o antigo direito material – civil, penal, administrativo – desde que compatível com a nova ordem constitucional. Considerando que se trata de leis muito antigas, promulgadas sob o império de outras Constituições, podem ocorrer, plausivelmente, situações de incompatibilidade com a Constituição. Naturalmente,

“O entendimento no STF é firme quanto à aferição da norma pré-constitucional mediante proposição de ADI no controle concentrado, entendendo a Corte ser cabível apenas por meio da ADPF. Não obstante, tal posicionamento vem sofrendo alteração”

não com referência à Constituição no sentido mais estrito do termo: o modo de formação da lei não está em questão, mas o seu conteúdo. Se o texto constitucional superveniente veda, v. g., a consagração de privilégio fundado na diferenciação entre sexos, sem que se possa interpretar tal disposição como aplicável, exclusivamente, às leis vindouras, e se se deve admitir que a Constituição derroga imediatamente as leis anteriores com ela incompatíveis, independentemente da edição de diplomas especiais de revisão, pode ser juridicamente muito difícil e politicamente assaz importante resolver a questão da compatibilidade dessas leis com a Constituição.⁸

Também os problemas de ordem prática decorrentes da diferenciação entre os juízos de constitucionalidade e de ab-rogação não passaram despercebidos ao mestre de Viena. Dizia Kelsen, a propósito:

Pode parecer temerário confiar essa decisão às várias autoridades encarregadas de aplicar a lei, dotadas, muitas vezes, de concepções extremamente vacilantes sobre as diferentes questões. Daí afigurar-se digna de consideração a possibilidade de confiar esse exame à Corte Constitucional, retirando essa competência das demais autoridades encarregadas da aplicação do direito. Isto significaria negar à Constituição a força de derrogar as leis anteriores não expressamente revogadas, substituindo-a pelo poder de anulação da Corte Constitucional.⁹

Por outro lado, o entendimento no STF é firme quanto à aferição da norma pré-constitucional mediante proposição de ADI no controle concentrado, entendendo a Corte ser cabível apenas por meio da ADPF. Não obstante, tal posicionamento vem sofrendo alteração. Tal percebe-

se no julgamento da ADI-MC nº 3.833, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 14/11/2008, precisamente nos debates travados vários ministros asseveraram a possibilidade de análise da norma pré-constitucional, no que tange ao campo da eficácia, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, a nova orientação aposta para a possibilidade de se retirar a força normativa, em sede de ADI, de norma pré-constitucional.

Todavia, esta é tão somente nova perspectiva do Supremo, tendo em vista que, na controvérsia constitucional da ADI n. 3.833, tal não foi conhecida, ante o entendimento da impossibilidade deste controle em norma pré-constitucional.

A teor disto, a Corte Constitucional italiana cuidava apenas da “constitucionalidade da lei” e entre a lei ordinária e a Constituição existe uma diferença de hierarquia, sendo, por isso, irrelevante a distinção entre direito pré-constitucional e pós-constitucional.¹⁰

A Constituição portuguesa, de 1976, consagrou, expressamente, a chamada inconstitucionalidade superveniente (art. 282, § 2º) e reconheceu a competência da Corte Constitucional para examinar a compatibilidade do direito pré-constitucional em face da nova Constituição.¹¹

Assim, com vistas nas opiniões dos doutrinadores acima citados, inconcebível seria a possibilidade de se declarar a constitucionalidade de norma legal quando esta se encontra em desarmonia ou inexistente no texto constitucional atual.

Ao máximo o que poderia ser realizado seria a revogação – e não a inconstitucionalidade, mas como dito, essa é só mais uma discussão desafiadora, que, como muitas outras, sempre chegam a Suprema Corte. 

Notas

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual, op. cit.*, p. 251. Cf., também, Orlando Bitar, A lei e a Constituição, in *Obras completas, op. cit.*, v. 2, p. 173.

² IPESEN, *Rechtsfolgen, op. cit.*, p. 162; Victor Nunes Leal, Leis complementares da Constituição, *RDA*, vol. 7, p. 389-391; KELSEN, La garanzia..., in *La giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 183-4.

³ BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira: comentários*. Rio de Janeiro: Typ. da Companhia Litho-Typographia, 1902. p. 356.

⁴ BARBALHO, *Constituição..., op. cit.*, p. 356.

⁵ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1934*. v. 2, p. 559. Cf. Victor Nunes leal, Leis complementares da Constituição, *RDA, op. cit.*, p. 391.

⁶ RE 17.961, Rel. Min. Orosimbo Nonato, *DJ*, 11 dez. 1952, p. 4029. MS 767, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, *RT*, vol. 179, p. 977.

⁷ Rp. 946, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *RTJ*, vol. 82, n. 1, p. 44; Rp. 969, Rel. Min. Antonio Nader, *RTJ*, vol. 99, n. 2, p. 544.

⁸ Kelsen, La garanzia..., in *La giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 183-184.

⁹ Idem, *ibidem* p. 184-185.

¹⁰ Acórdão de 5-6-1956, n. 1. Cf. a propósito Gaetano Sciascia, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs der Italienischen Republik, *JöR NE*, v. 6, 1957, p. 1 (6).

¹¹ Cf., a propósito, Canotilho, *Direito constitucional*, p. 838.