

## INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI NA DOCTRINA BRASILEIRA \*

Em erudito artigo inserto na “Encyclopaedia of Social Sciences” sob o título “Constitutional Law”, o Prof. Ernest Freund classifica em três tipos os sistemas constitucionais do ponto-de-vista do controle judicial, a saber:

- a) o tipo inglês, caracterizado pela ausência de uma constituição escrita;
- b) o tipo continental, onde existe uma constituição escrita, a qual, porém, não é garantida judicialmente;
- c) o tipo americano, onde a constituição escrita é tutelada pelo Poder Judiciário, que controla a constitucionalidade das leis.<sup>1</sup>

Como é fácil de ver, logo ao primeiro exame, o nosso Estatuto básico do Império seguiu o tipo continental da classificação do Professor da Universidade de Chicago, divorciando-se, destarte, das instituições políticas dos Estados Unidos, no que diz respeito à interpretação das leis e à guarda da Lei Suprema.

Ao Poder Legislativo do Império competia elaborar as leis, interpretá-las e revogá-las, bem assim velar na guarda da Constituição.<sup>2</sup> Com razão ensina Pimenta Bueno, ao salientar o papel do Legislativo na Carta de 25 de março de 1824, que ele “é a mais alta expressão da soberania nacional”, pois é esse Poder “quem cria o direito, a obrigação e as penas, quem regula os outros Poderes e os cidadãos, quem decreta as normas que devem reger a sociedade, em suma, é quem faz, interpreta e desfaz a lei”.<sup>3</sup>

O então Supremo Tribunal de Justiça tinha funções muito limitadas, comparadas com a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal do Regime Republicano. A sua competência restringia-se aos três casos expressos no art. 164 da Carta Política de 1824, a saber:

1º) conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar;

\* *In*: Revista de Direito Público nº 2, página 41, 1967.

<sup>1</sup> “There are three types of constitutional law: the English type, characterized by the absence of a written constitution; the continental type, where there is a written constitution which is not judicially enforced; and the American type, where the written constitution is given effect by the judicial power to declare laws unconstitutional” – “Constitutional Law”, *in* “Encyclopaedia of Social Sciences”, vol. IV, pág. 247.

<sup>2</sup> Constituição Imperial do Brasil, art. 15, ns. VIII e IX.

<sup>3</sup> Pimenta Bueno, “Direito Público Brasileiro”, pág. 35.

2º) conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias;

3º) conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição.

Não havia, pois, lugar para a prática da revisão judicial na sistemática do nosso primitivo direito constitucional.

De modo que a doutrina do controle da constitucionalidade das leis através do Judiciário se incorporou ao nosso direito público com a primeira Constituição republicana. Antes, porém, quer a Constituição provisória, de 22 de junho de 1890, quer o decreto n. 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal, ambos acolheram princípios do controle jurisdicional à feição dos americanos do norte, deixando esse instituto perfeitamente delineado, em suas linhas gerais.<sup>4</sup> Convolvamos, assim, do sistema continental da classificação de Freund, ao tipo norte-americano.

As funções dos tribunais republicanos, assim como os traços característicos que os separam dos tribunais do velho regime, vêm magistralmente expostas no seguinte trecho do preâmbulo do mencionado decreto n. 848:

Não se trata de tribunais ordinários de Justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restrita à aplicação das leis nas múltiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeitos. Por esse engenhoso mecanismo, consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absoluta situação de juiz em sua própria causa.

É a vontade absoluta das assembléias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo.

A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglês, foi, opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos.

Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como a arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.

Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre a Poder Judiciário, tal como se achava intitulado no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calçado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder

---

<sup>4</sup> Cf. C.A. Lúcio Bittencourt, "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", pág. 28.

subordinado, qual era, transformar-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter a equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.”<sup>5</sup>

A Constituição de 91 adotou, em suas linhas gerais, a doutrina consagrada neste Decreto. E, assim, o Supremo Tribunal Federal passou a ser a guardião do Estatuto Maior e das leis federais, segundo a norma do art. 59, § primeiro, alíneas “a” e “b”. Toda vez que se questionasse sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal estadual considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas, cabia recurso para a Supremo Tribunal Federal, que daria a última palavra sobre o assunto, fazendo valer o prestígio da Constituição e das leis federais em face das normas estaduais.

A Revisão Constitucional de 1925/1926, segundo se verifica do art. 60, § 1º, alíneas “a” e “b”, seguia a mesma orientação do Diploma de 91, aclarando-lhe ainda mais o preceito, seguindo-lhe as pegadas as Cartas Políticas de 1934, 1937 e 1946. A primeira trouxe a inovação, constante do art. 179, segundo a qual só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público. A Outorga de 37 quebrou a nossa tradição republicana quanto ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, colocando o Legislativo, com a colaboração do Executivo, como aferidor da validade da lei ante os cânones constitucionais, ou melhor, fez desaparecer, até certo ponto, a supremacia da Constituição, diante da soberania do Parlamento. Era um recuo infeliz em prol do prestígio absoluto do Legislativo. Na prática, voltáramos ao tipo continental, a que se refere Freund, o qual havíamos abandonado ao clarear do regime republicano federativo, por lhe ser contrário à índole. Ao mesmo tempo que se atribuía, pelo art. 96, ao Poder Judiciário, a faculdade de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República, podia este, se julgasse a lei fulminada de inconstitucionalidade necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submetê-la novamente ao exame do Parlamento que, se a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão judiciária. Era a norma do parágrafo único do art. 96 que, em boa hora, foi revogado pela Lei Constitucional n. 18, de 11 de dezembro de 1945.

Pontes de Miranda aplaude essa técnica, a que chama de “guarda da Constituição entregue aos três poderes: o Poder Judiciário, na apreciação do caso concreto; ao Presidente da República, a cujo juízo se deixava o submeter, ou não, o julgamento da lei ao reexame parlamentar; finalmente, ao Poder Legislativo que, por dois terços de votos se podia manifestar contra a declaração de

---

<sup>5</sup> *Apud* João Barbalho, “Constituição Federal Brasileira”, pág. 222.

inconstitucionalidade". E o ilustre constitucionalista defende essa orientação, alegando que

Os golpes nas leis de interesse público, por parte de mentalidade reacionária, que não tinha compreendido, no Brasil, a necessidade do Estado atento às massas, que se substituísse ao Estado do velho individualismo, vinham a sacrificar o melhor da atividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo nas suas iniciativas de política social e econômica.<sup>6</sup>

A Carta Política de 18 de setembro de 1946 retornou à orientação do Diploma básico de 34, insculpindo, no seu art. 200 a mesma regra do art. 179 da nossa segunda Lei fundamental republicana.

---

<sup>6</sup> Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1946, vol. 1, págs. 21/22.