

A TEORIA DA DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LEIS

JORGE ALBERTO ROMEIRO

1. Ao ensejo da revisão constitucional que se vem processando no Congresso Nacional, com fulcro no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, parece-nos bastante oportuno rememorarmos, aqui, a Teoria da Desconstitucionalização das Leis, sobre a qual, aliás, já nos pronunciamos há mais de três lustros em poliantéia intitulada *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Oscar Tenório*.

Mira este estudo, principalmente, a alertar os atuais congressistas contra eventuais descuidos na sua azáfama revisionista que possam resultar na possibilidade de mandamentos constitucionais simplesmente supressos ou eliminados continuarem a vigor como revogáveis leis ordinárias, por aplicação da Teoria que passamos a expor.

2. As constituições escritas têm um conteúdo típico. Só o que se relaciona com a estrutura do Estado, seus poderes, a declaração dos direitos do homem e suas garantias é matéria substancialmente constitucional.

Esse conceito, inspirado na Declaração francesa de 1789 dos Direitos do Homem e do Cidadão, que rezava, no seu art. 16, “*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”, é, modernamente incontroverso na fixação do conteúdo indispensável às constituições.

Modelo de constituição escrita na observância desse conceito doutrinário é a hodierna da França, adotada no *referendum* de 28 de setembro de 1958 e promulgada em 4 de outubro posterior, que embora omita em seu texto dispositivos referentes à Declaração dos Direitos do Homem, dispõe no seu preâmbulo: “*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946*”.

3. Entretanto, como é sabido e proclamam todos os autores de Direito Constitucional, podem as constituições conter e possuem, muitas delas, preceitos que somente são constitucionais se focalizados não pelo seu objeto, mas exclusivamente pela sua forma.

Se comparássemos as Constituições a uma rocha, diríamos que seriam roqueiros e não rupestres. Não nasceriam nela, como plantas ou nela estariam gravados como inscrições, mas assentariam sobre a mesma como uma guarita ou um farol.

São, *in exemplis*, na vigente Constituição da Suíça, as prescrições dos arts. 32 e 32 *bis* a respeito da fabricação e venda de bebidas destiladas.

Trata-se de preceitos de ordem civil, administrativa e penal, sem qualquer relação necessária com o conteúdo já enunciado e até mesmo compatíveis com forma outra de governo que não a adotada na Constituição, ínsitos no seu texto unicamente para granjearem maior força e estabilidade, mirando a impedir ulterior atividade legislativa em contrário.

4. As nossas Constituições e Cartas Constitucionais têm abusado desse expediente.

Reflete bem o asseverado o art. 179 da Carta Constitucional do Império, do tipo flexível, dispondo sobre a reforma de seus mandamentos, *in verbis*: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.

Em escólio a esse artigo, Pimenta Bueno, em *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* (Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958, nº 689, pág. 479), exemplifica como matéria só formal e não substancialmente constitucional a relativa à cidadania brasileira e sua perda (arts. 6º e 7º).

Esses preceitos de legislação ordinária, ligados à Constituição por um *lien factice*, na expressão dos *juris scriptores* franceses (Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 7ª ed., revue par Henry Nézard, Paris, 1921, t. I, pág. 580; e Julien Laferrière, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., 1947, pág. 305), foram a *ratio essendi* da chamada teoria da desconstitucionalização das leis, que nos propomos respigar aqui.

5. Entre a revogação e a promulgação de Constituições e Cartas Constitucionais que se sucedem, pode acontecer que, por falta de tempo ou mesmo por incúria do legislador, deixe de ser regulada, por lei ordinária, a matéria de um preceito desse caráter, inserido na Constituição revogada e não reproduzido na posterior.

Diante de uma relevante questão sobre a dita matéria, como deve proceder o aplicador da lei, notadamente o juiz que se não pode furtar a decidir em frente a uma omissão legal?

A fim de resolver o impasse, surgiu no Direito Público francês a teoria da desconstitucionalização das leis.

Consiste ela no desligamento da Constituição revogada dos dispositivos só formal e não substancialmente constitucionais, aos quais, se não contrariarem a nova ordem jurídica, empresta o caráter de lei ordinária, até que outra lei os revogue.

6. Concedamos a palavra a Esmein (ob. cit., págs. 579/581), dos constitucionalistas franceses o que melhor expõe a teoria em estudo:

“La Constitution écrite étant une loi, et même une loi supérieure et relativement immuable, ne devrait jamais pouvoir être abrogée que par une nouvelle loi constitutionnelle, rendue dans la forme voulue. C’est la conséquence qu’imposent logiquement les principes du droit français, d’après lequel la désuétude même ne peut faire tomber une loi. Ce fut cependant une idée instinctivement appliquée chez nous, que, par le seul fait d’une révolution triomphante (insurrection populaire ou coup d’Etat), la Constitution antérieure tombait immédiatement et perdait sa force de plein droit. Il a été fait des applications très nettes de cette conception après le 10 août 1792, le 18 brumaire an VIII, le 24 février 1848, le 2 décembre 1851 et le 4 septembre 1870. En 1871, l’Assemblée Nationale, réunie à Bordeaux, a formulé en quelque sorte la théorie qui sert de fondement à cette règle si souvent appliquée. Par une résolution du 1^{er} mars 1871 terminant un incident soulevé devant elle, elle ne prononça pas, mais simplement confirma ‘la déchéance de Napoléon III et de sa dynastie déjà prononcée par le suffrage universel’. En effet, cela ne peut s’expliquer juridiquement que si l’on admet que le peuple, en acceptant sans résistance la révolution accomplie, a manifesté, en dehors de toutes formes légales, sa volonté d’abroger la Constitution antérieure. C’est du droit révolutionnaire, mais il traduit exactement les faits. Mais si les Constitutions ont été alors considérées comme tombant en bloc et de plein droit, la doctrine française a sauvé certaines de leurs dispositions par un système ingénieux et fort raisonnable. Malgré les révolutions, malgré les changements opérés dans la forme de l’État, les lois ordinaires subsistent, nous le savons, tant qu’elles n’ont pas été explicitement ou implicitement abrogées par des lois nouvelles. Or, nous le savons aussi, les Constitutions écrites peuvent contenir et contiennent souvent des dispositions qui ne sont constitutionnelles que par la forme et qui ne le sont point naturellement par leur objet. Ce sont des règles de droit administratif ou de droit pénal, par exemple, qui n’ont aucun rapport nécessaire avec la forme

de l'État ou de gouvernement établie par la Constitution qui les contient, et qui sont également compatibles avec d'autres régimes. On les avait insérées dans le texte constitutionnel uniquement pour leur donner une force et une stabilité plus grandes. Eh bien! on admet que les dispositions de cette nature, qui ne tiennent à la Constitution déchuë que par un lien tout factice, lui survivent également et ne tombent point avec elle. On les traite comme des lois ordinaires, ce qu'elles sont au fond, mais en même temps on les ramène à la qualité de celles-ci. Elle se dégagent de la Constitution où elles étaient enchâssées, et c'est pour cela qu'elles restent en vigueur; mais en même temps elles perdent la force des lois constitutionnelles, et dorénavant elles peuvent, comme toute autre loi, être modifiées par le législateur ordinaire. La révolution n'a fait que les déconstitutionnaliser.

Des applications multiples ont été faites de cette théorie. C'est ainsi que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, qui garantissait contre les poursuites possibles les agents du Gouvernement, s'est maintenu en vigueur sous tous les régimes postérieurs jusqu'à ce qu'il ait été abrogé par un décret-loi du gouvernement de la Défense nationale. Ainsi encore, l'article 5 de la Constitution de 1848, portant que 'la peine de mort est abolie en matière politique', est considéré comme une loi toujours en vigueur à laquelle il faut conformer les articles du Code pénal. Enfin le sénatus-consulte du 3 mai 1854, qui règle la Constitution des colonies françaises, et le sénatus-consulte du 4 juillet 1866, qui modifie le premier, sont considérés comme étant toujours en vigueur et n'étant point tombés avec les Constitutions du second Empire; mais ils n'ont plus que la valeur des lois ordinaires''.

7. Essa teoria difundida por eminentes constitucionalistas franceses (veja-se Barthélemy et Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1933, págs. 227/8; Julien Laferrière, ob. cit., págs. 304/305; R. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, versión española de José Lión Depetre, México, 1948, pág. 1.242, nota 6; e Georges Liet-Veaux, *Droit Constitutionnel*, 1949, nº 286, pág. 169) e consagrada por decisão da Court de Cassation, *S. Collection nouvelle*, t. VI, pág. 527, ultrapassou as fronteiras de sua pátria.

8. Encampou-a, na Alemanha, Carl Schmitt, insigne professor de Direito Público na Universidade de Bona e uma das maiores autoridades contemporâneas da Ciência Jurídico-Política, em sua assaz notável obra *Verfassungslehre*, München und Leipzig, 1928, págs. 11/12, 28 e 93/94.

Nesse livro, onde expõe uma teoria sobre a Constituição, o ensaio de um sistema (*der Versucheines Systems*), segundo suas próprias palavras, estabelece uma distinção entre Constituição (*Verfassung*) e Lei Constitucional (*Verfassungsgesetz*).

Identifica a primeira como uma decisão política do titular do poder constituinte, o povo nas democracias ou o monarca nas monarquias autênticas, sobre a forma e o modo de existência da unidade política de uma nação; e a segunda como um conjunto de normas que tem aquela por pressuposto e fundamento, mas cujas prescrições não são sempre fundamentais (*grundlegend*), no sentido de uma ‘lei das leis’, como, *in exemplis*, na Constituição de Weimar, as dos arts. 123, inciso II: “As reuniões ao ar livre podem, através de uma lei do Reich, ser submetidas a dever de aviso e proibidas no caso de perigo imediato para a segurança pública”; e 143: “Os professores das escolas públicas têm os direitos e deveres de funcionários públicos” (“*In der Weimarer Verfassung finden sich zahlreiche solcher verfassungsgesetzlichen Bestimmungen, von denen ohne weiteres ersichtlich ist, dass sie nicht grundlegend in Sinne eines ‘Gesetzes der Gesetze’ sind: z. B. Art. 123, Abs. 2: ‘Versammlungen unter freiem Himmel können durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden’ ... Art. 143: ‘Die Lehrer an öffentlichen Schulen haben die Rechte und Pflichten von Staatsbeamten’*”).

Admite, por fim, em dois tópicos de seu livro (§ 3º, II, 2, “g”, pág. 28, e § 10, II, 2, págs. 93/94), que dispositivos da Lei Constitucional como os referidos acima da Constituição de Weimar, por não serem fundamentais (*grundlegend*), possam após a abolição da Constituição, ainda que sem especial reconhecimento legal nesse sentido, continuar valendo como lei ordinária (“*Verfassungsgesetzliche Bestimmungen können nach der Beseitigung der Verfassung auch ohne besondere gesetzliche Übernahme als gesetzliche Bestimmungen weiter gelten*”).

Conquanto não se oponham à nova ordem jurídica, doutrina o eminente publicista germânico, as leis e ordenanças anteriores, sem mais nada, isto é, sem um ato especial de aceitação (sem recepção) continuam a valer. Até mesmo disposições constitucionais anteriores podem continuar em vigor, como simples leis (“*die bisherigen Gesetze und Verordnungen, soweit sie der neuen Regelung nicht widersprechen, ohne weiteres, d. h. ohne besonderen Akt der Übernahme (ohne Rezeption) weiter gelten. Sogar Bestimmungen in bisherigen Verfassungen können, nunmehr als einfache Gesetze, in Kraft bleiben*”).

Cita, em seguida, como expressão concreta do que afirma, a alusão feita por Esmein e já acima transcrita da sobrevivência do art. 75 da Constituição francesa do ano VIII (1799) sobre a necessidade de representação do Governo para o processamento judicial de funcionários da administração, não obstante todas as supressões e rompimentos constitucionais que se sucederam (“*So gilt die Bestimmung des Art. 75 der französischen Verfassung vom Jahre VIII*”).

(1799) über die Zustimmung der Regierung bei gerichtlicher Verfolgung von Verwaltungsbeamten, trotz aller inzwischen erfolgten Verfassungsbeseitigungen und Durchbrechungen weiter; darüber Esmein — Nézard, S. 580/581’’).

9. No Brasil, ignorada por muitos e combatida por alguns juristas de prol, a teoria da desconstitucionalização das leis tem encontrado receptividade, até mesmo, em nosso Direito Positivo, como no art. 145 da Constituição do Estado de Pernambuco, de 10 de julho de 1935, *in verbis*:

‘‘Ficam revogadas todas as disposições das Constituições anteriores e dos Atos Adicionais em contrário às da presente Constituição, continuando em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição’’;

E no art. 167 da Constituição de Santa Catarina, de 25 de agosto de 1936, *in litteris*:

‘‘Ficam revogadas as disposições anteriores que, explícita ou implicitamente, contrariarem as desta Constituição’’.

10. Dão-lhe guarida em livros, artigos de doutrina e pareceres, constitucionalistas e juristas dos mais eminentes como Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 1934, vol. I, págs. 105/106; *Comentários à Constituição Federal de 10.11.1937*, t. I, pág. 132, nº 6; e *Comentários à Constituição de 1946*, vols. I, pág. 144, III, pág. 374, nº 1, e IV, pág. 29); Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3ª ed., Rio de Janeiro — São Paulo, 1941, pág. 367, nº 372); Levi Carneiro (*Rev. dos Tribs.*, 1942, 137/57); Clóvis Beviláqua (*Rev. dos Tribs.*, 137/38); Costa Manso (*Rev. dos Tribs.*, 137/47); Bilac Pinto (*Estudos de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, edição comemorativa do cinquentenário da sua fundação, 1933, pág. 109); Alcino Pinto Falcão (*Constituição*, verbete do *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* por J. M. de Carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, editor Borsoi, s/d, vol. XI, pág. 323, nº 1); Francisco Sá Filho (Parecer proferido no Processo nº 100.742/42 do Ministério da Fazenda); Sylvio Portugal (*Rev. dos Tribs.*, 137/36) e Hélio Joaquim Guimarães (proposição oferecida em concurso para o cargo de Juiz Substituto da Justiça do então Distrito Federal, realizado pelo Tribunal de Justiça).

11. Enjeitam-na não menos conceituados juristas como Oscar Tenório (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1944, pág. 54, nota 10); Francisco Campos (*Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense,

págs. 4 e 5); Aguinaldo Costa Pereira (*Da Constituição Escrita*, Rio de Janeiro, 1945, pág. 24); Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho (*A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro — São Paulo, vol. I, nº 37, pág. 81); Haroldo Valladão (*Pareceres do Consultor Geral da República*, Rio de Janeiro, vol. I, págs. 225/241 e 271/272); João de Oliveira Filho (*Constituição*, verbete do cit. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, s/d, vol. XII, págs. 12/14, nº 6); Oscar Stevenson (*A Reforma da Constituição*, pág. 18, *apud* Aguinaldo Costa Pereira, ob. cit., pág. 22) e Fernando Whitaker da Cunha (“Hierarquia das normas constitucionais”, in *Revista de Direito Público*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, vol. 21, pág. 152).

12. Em nossos repositórios de jurisprudência administrativa e judiciária, deparamos dois casos de rejeição da teoria, pela primeira, e dois outros de aceitação, pela segunda.

Pelos Avisos nºs 2.318, de 24 de novembro de 1947, e G-M-225, de 5 de fevereiro de 1948, os Exmos. Srs. Ministros da Marinha e da Agricultura, respectivamente e acolhendo ambos pareceres da Consultoria Geral da República (Haroldo Valladão, ob. cit., págs. 241 e 272), repeliram pareceres da Procuradoria Geral da Fazenda Pública favoráveis à aplicação da teoria.

Opunham-se estes pareceres à aceitação de doações de imóveis ao Ministério da Marinha, pela antiga Interventoria de Santa Catarina, e à Prefeitura Municipal de Baependi, pelo Laboratório Central de Enologia, então Instituto de Fermentação, sem autorização de lei especial para tanto.

Sustentavam os pareceres recusados que estava em vigor, como lei ordinária, parte do art. 17, nº IV, da Constituição de 1934, *in verbis*: — “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios... alienar ou adquirir imóveis ou conceder privilégios sem lei especial que o autorize”; porque não reproduzido pela Carta Constitucional de 1937, nem pela Constituição de 1946, nem revogado, na parte de aquisição e só na de alienação de imóveis pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que teria dispensado a exigência unicamente para a alienação dos próprios nacionais.

13. O Supremo Tribunal Federal, porém, em dois acórdãos unânimes, dados a lume no *Arquivo Judiciário* (vol. 89, págs. 202/203) e no *Diário de Justiça*, de 30 de outubro de 1950 (Apenso ao nº 250, págs. 3.721/3.722), proclamou entre nós o acerto da aplicação da teoria em exame.

Por se tratar do pronunciamento do mais alto Colégio Judiciário do País, damos a seguir os votos e tópicos dos mesmos que mais interessam ao nosso estudo.

No primeiro acórdão, proferido pela 2ª Turma, no Recurso Extraordinário nº 9.622 de São Paulo, em 13 de julho de 1948, assim votou o Ministro Hahnemann Guimarães, como relator:

“Conheço do recurso, porque a decisão impugnada aplicou disposição de lei estadual, cuja validade se negou em face do art. 156, c, da Constituição de 1937.

Como *lex fundamentalis*, a Constituição ab-roga os anteriores fundamentos da ordem jurídica, conservada apenas enquanto se ajustar ao novo regime constitucional.

Verifica-se este efeito inerente à lei fundamental sem a cláusula ab-rogatória, que não se costuma inserir nos documentos constitucionais.

A Constituição de 1937, contudo, dispôs no art. 183: ‘Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.’

Esta cláusula, que, com respeito à legislação estadual e à municipal, foi desenvolvida pelo art. 56 do Decreto-lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939, permite o entendimento de que as próprias disposições constitucionais anteriores conservaram sua eficácia, se, de qualquer modo, não ofendessem o novo regime.

A Constituição do Estado de São Paulo, de 9 de julho de 1935, dizia, no § 2º do art. 86: ‘Os funcionários, que contarem menos de dez anos de serviço, não poderão ser destituídos de seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público’.

A Constituição de 1937, no art. 156, c, deu aos funcionários públicos a garantia de que somente poderiam ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, se contassem mais de dois anos de exercício, quando a nomeação resultasse de concurso, e, em todos os casos, se contassem mais de dez anos.

Não há, evidentemente, a mínima incompatibilidade entre a garantia da lei estadual e a da Constituição de 1937, que não exclui a possibilidade de proteger o funcionário público nomeado sem a prova de um concurso, o que contasse menos de dez anos de serviço.

Nego, assim, provimento ao recurso”.

O Ministro Orosimbo Nonato, na qualidade de Presidente da turma, fez o seguinte pronunciamento:

“A primeira parte do erudito voto do eminente sr. Ministro Relator suscita questão muito interessante, a do efeito revogatório das Constituições, quanto às leis constitucionais do regime caduco. A opinião de Beudant é radical — o advento da Constituição elimina a subsistência das leis constitucionais anteriores. Esta opinião não deve ser aceita, *d. v.*, sem um grão de sal: as Constituições revogam, sem dúvida, as leis passadas que sejam, essencialmente, constitucionais.

Quando, porém, as disposições sejam constitucionais apenas por se inserirem materialmente na lei maior, mas não dizem respeito aos direitos políticos

dos cidadãos nem à estrutura e funcionamento dos poderes, elas, a meu ver, só se revogam por disposição expressa de lei posterior ou por se mostrarem inconciliáveis com o *novus ordo*. É exato que recentemente o Prof. Haroldo Valladão publicou extenso e erudito trabalho doutrinário, no *Jornal do Commercio*. Mas a meu ver, seus ponderosos argumentos apenas convencem quanto às leis constitucionais, por sua índole, por seu conteúdo mesmo e não, apenas, pelo fato de, à conta de sua relevância, se insertarem na Constituição.

No caso, concordo inteiramente com o eminente sr. Ministro Relator, até porque, naquele regime, não era vedado aos Estados traçar maiores garantias aos seus funcionários; o que era necessário era que obedecessem a um mínimo de garantias, mas nada impedia, ainda naquele regime, que os Estados outorgassem maiores garantias aos seus próprios funcionários.

Também conheço do recurso e nego-lhe provimento”.

Do segundo acórdão, proferido pela mesma turma, no Recurso Extraordinário nº 12.408 de São Paulo, em 18 de outubro de 1949, sob a ementa: — “As Constituições Estaduais, posto que não abolidas totalmente pela Carta de 1937, subsistiram como leis ordinárias naquilo em que se não mostrassem incompatíveis com os dispositivos da mesma Carta. Como leis ordinárias, podem ser alteradas ou revogadas por outra lei ordinária”; — reproduzimos o que vai adiante.

Tópico do voto do Ministro Edgard Costa, relator: “Os dispositivos da Constituição do Estado, após a outorga da Carta de 1937, não continuaram em vigor como preceitos constitucionais estaduais, mas com o caráter de leis ordinárias. Se não há na Constituição Federal texto expresso que assim dispunha é, todavia, o que se deve inferir dela (arts. 176, 181 e 183), como têm opinado os juristas (*Rev. dos Tribs.*, 137/26 a 59, e 152-7). É o que também decorre do Decreto-lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939 (art. 1º). Levi Carneiro acentua que: ‘A regra assente em Direito Público é que as constituições nãooficam *in totum* revogadas pelas revoluções; perdem, apenas, a sua hierarquia suprema, tornam-se, pois, leis ordinárias, nas partes em que não sejam expressa ou implicitamente revogadas ou modificadas’. O regime estabelecido no País em 1937 era incompatível com as normas constitucionais do Estado decorrente de uma ordem jurídica que sofrera profunda inovação. O regime político instituído determinava o rebaixamento das Constituições dos Estados a meras leis ordinárias, suscetíveis de modificações ou revogação, pelos respectivos governos. Este Supremo Tribunal teve oportunidade de decidir que: ‘a Constituição de 1937, estabelecendo, no País, nova ordem, revogou as Constituições Federal e Estaduais então vigentes, e fixou o mínimo de garantias, aos funcionários, podendo, os estatutos locais, estaduais, ampliar essas garantias (Recurso Ex-

traordinário nº 6.760, de São Paulo). Duas correntes de opinião formaram-se no mesmo Tribunal, uma entendendo que as Constituições Estaduais continuavam a vigorar com o caráter de leis ordinárias, opinião manifestada pelo Ministro Philadelpho Azevedo; outra, expressa pelo Ministro Anibal Freire, entendendo que diante da Constituição de 1937, as demais constituições desapareceram. Ninguém se lembrou, aqui, de sustentar que as antigas Constituições dos Estados permaneciam em vigor com esse caráter, nem isto era possível, em face do regime político criado pela Carta de 1937. Mas, estabelecido que a Constituição Estadual continuava vigente como mera lei ordinária, claro é que os seus dispositivos podiam ser alterados ou revogados por outra lei. Foi o que sucedeu com o art. 87, nº 13, revogado pelo Decreto-lei nº 10.875. Assim, a sentença apelada decidiu com apoio em jurídicos fundamentos”.

Voto do Min. Orosimbo Nonato (Presidente): “O caso oferece aspectos de certa dificuldade e delicadeza, como os que se relacionam a direito adquirido do funcionário, em face do regime estatutário.

A questão, por outro lado, de saber se as leis constitucionais estaduais permanecem, em face da nova Constituição Federal, é também controvertida. Há quem negue, absolutamente, essa permanência, orientação de que, entre nós, foi defensor o eminente Ministro Anibal Freire, e, entre os autores franceses, entre outros, Beudant.

Não propendi a essa doutrina e, em acórdão, se não me engano, do Rio Grande do Norte, de que fora relator o senhor Des. Seabra Facundes, procurei mostrar, ao contrário, que as leis continuam, uma vez que não sejam contrárias à nova Constituição. Ainda aqui permanece o princípio da continuidade das leis. As leis continuam, através da sucessão dos regimes, até que não venham novas leis que, expressa ou tacitamente, as revoguem.

Quando as Constituições são rígidas e restritas ao assunto propriamente constitucional, isto é, quando versavam a questão da estrutura e independência dos poderes e os direitos e deveres dos cidadãos, compreende-se que uma nova Constituição revogasse a anterior; mas, atualmente, que as Constituições nem sempre tratam de matéria propriamente constitucional, mas comportam matéria, dada a sua importância, a meu ver, a teoria da revogação total da lei constitucional, não é possível. É este conteúdo que se tem de verificar em cada caso, para saber se a nova Constituição revogou, ou não, a anterior. Se o conteúdo é puramente político, parece-me que a anterior revoga-se pela nova Constituição; se, porém, é assunto constitucional apenas por acessão, pela importância que ele oferece, a solução que deu o acórdão do Rio Grande do Norte e que entendi não ser contra a letra da lei é a que, a meu ver, encerra a melhor doutrina.

Mas, o caso refere-se a dispositivo constitucional do Estado de São Paulo, que não era constitucional, por sua índole. Ele tem de constar do estatuto dos funcionários públicos estaduais e federais; é constitucional apenas por acessão; é lei ordinária, por sua índole. Podia, portanto, outra lei ordinária destruí-la.

Assim, sem renegar os princípios que enunciei naquele caso do Rio Grande do Norte e a que o ilustre advogado fez referência, da tribuna, também concordo como o eminente sr. Ministro Relator em conhecer do recurso, em face da letra *c* do inciso constitucional, mas em negar-lhe provimento”.

14. Com a sucessão das nossas Constituições e Carta Constitucional, desde 1934 até aos dias correntes, várias outras hipóteses interessantes surgiram, ao que parece não levadas à barra dos tribunais, desafiando a argúcia dos juízes, que têm à sua mão a teoria da desconstitucionalização das leis.

O art. 113, nº 37, da Constituição de 1934, acrescentou à analogia e aos princípios gerais de direito, previstos pelo art. 4º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, para a solução dos casos omissos, também a equidade.

A Carta de 1937 silenciou sobre o assunto.

Teria vigorado o dito mandamento da Constituição de 1934, quanto à equidade, como lei ordinária, até a promulgação, em 1942, da atual Lei de Introdução ao Código Civil, que, não mais se referindo à equidade, o teria revogado?

O art. 113, nº 35, da Constituição de 1934, rezava que a lei asseguraria a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público impunha segredo ou reserva.

A Carta de 1937, diversamente das Constituições de 1946 (art. 141, § 36) e da atual (art. 153, § 35), omitiu-se nesta matéria. Aplicar-se-ia a teoria da desconstitucionalização das leis entre a abolição da Constituição de 1934 e a promulgação da de 1946?

Hélio Joaquim Guimarães, supracitado (nº 10, *in fine*), entendia que sim.

Presentemente, fazendo a exegese de uma lei, é lícito a seu aplicador, em construção interpretativa, concluir pela ineficácia de matérias estranhas à sua ementa, invocando o art. 49 da Constituição de 1934, como lei ordinária, *in verbis*: “Os projetos de lei serão apresentados com a respectiva ementa enunciando de forma sucinta o seu objetivo e não poderão conter matéria estranha ao seu enunciado?”

Bilac Pinto (ob. cit., pág. 109) inclina-se pela afirmativa, e, nesse sentido, já decidiu acórdão, que não conseguimos localizar, relatado pelo ilustre Juiz da Guanabara José Cyriaco da Costa e Silva, apesar de sua prestância.

O art. 113, nº 30, da Constituição de 1934 proibia expressamente prisão por dívidas, multas ou custas.

Em face desse mandamento constitucional não mais foi aplicado, pelos juízes, o art. 59 da Consolidação das Leis Penais, que determinava a conversão da pena de multa em prisão celular, quando o condenado não a pudesse ou quisesse pagar dentro em oito dias, contados da intimação judicial, conforme se liquidasse.

Com o advento da Carta de 1937, que não reproduziu em seu texto o mencionado dispositivo, não estaria ele em vigor como lei ordinária, até que o Código Penal de 1940 restabelecesse, no seu art. 38, a possibilidade da conversão focada, em pena de detenção?

15. Passemos em revista os argumentos pró e contra excogitados até agora sobre a teoria.

O já citado parecer que proferiu o saudoso Prof. Haroldo Valladão quando Consultor Geral da República, publicado também no *Jornal do Commercio* de 8 de maio de 1948 e determinante dos Avisos dos Ministérios da Marinha e da Agricultura supra-referidos, contrário à teoria da desconstitucionalização das leis, abrange tudo o que em desfavor dela tem sido e possa ser argüido.

Alegando que não constitui a teoria *ius receptum* em nosso País, taxa-a de ilógica e injurídica.

Se compreensível, na França, na época em que surgiu, para, como *un système ingénieux et fort raisonnable*, na frase de Esmein, contornar o caos legislativo, defluente da sucessão de constituições breves e incompletas, que se seguiram à revolução francesa, há muito que não tem receptividade nem mesmo ali.

Só Esmein, Barthélemy e Duez teriam enfatizado, na França, essa teoria.

Hauriou, Léon Duguit e Marcel Sibert explicam melhor a sobrevivência dos dispositivos das constituições francesas abolidas, cujo caráter a teoria da desconstitucionalização das leis rebaixa a leis ordinárias, com a força do costume.

Com relação a Carl Schmitt, assevera que só admite ele o princípio da “desconstitucionalização em virtude de ter sido abolida ou violada a Constituição, permanecendo o poder constituinte do rei ou do povo” como princípio da continuidade do Estado.

Increpa, finalmente, a teoria de atentatória ao princípio fundamental de hermenêutica, consagrado em nossa Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, § 1º, parte final), no sentido de que a lei posterior revoga a anterior quando regule inteiramente a matéria de que tratava esta.

Este último argumento é, aliás, o dos demais ilustres citados oposicionis-

tas da teoria, pois, segundo eles, constitucional é tudo o que contempla a *Lex legum*.

16. A singela leitura do que expusemos acima nos n^{os} 4, 7 a 10 e 13 demonstra, *data venia*, a improcedência dos argumentos de que não constitui a teoria em estudo *ius receptum* no Brasil; só a terem esforçado, na França, Esmein, Barthélemy e Duez; e não admiti-la Carl Schmitt em toda sua amplitude.

17. O tópico reproduzido a seguir, do *Droit Constitutionnel* (ed. 1949) do moderno constitucionalista francês, Georges Liet-Veaux, é bastante expressivo quanto ao não-insucesso da teoria no país que lhe serviu de berço:

“La doctrine admet d’ailleurs de longue date une exception à l’abrogation totale. Certaines dispositions ne figurent dans la constitution qu’au point de vue formel: articles traitant de questions administratives, financières, etc., indépendantes de l’aménagement des pouvoirs publics. Normalement ces questions sont réglées par la loi ordinaire. La révolution, renversant la constitution, opère simple détachement formel de telles dispositions. Celles-ci survivent à la constitution comme règles législatives, à la merci d’une abrogation législative ultérieure”.

Se, além dos casos citados por Esmein, de aplicação da teoria, outros não têm sido apontados, na França, por seus constitucionalistas, decorre não do insucesso dela ali, mas do fato de as Cartas Políticas daquele país, como assinalamos de início, serem modelos de constituição escrita, só abordando matéria substancialmente constitucional.

18. Nem nos parece, *permissa venia*, que o direito consumeiro explicaria melhor que a teoria da desconstitucionalização das leis a sobrevivência de certas normas após a abolição das Constituições que as contivessem, no silêncio das posteriores.

A observância de normas por força de uma lei, na hipótese, uma Constituição não pode ser identificada com a de um costume, cuja formação só se justifica na ausência de normas legais.

Como o próprio Léon Duguit confessa à pág. 172 do t. II (Paris, 1923) de seu *Traité de Droit Constitutionnel*: “On a dit ... que je confondais la loi qui est le commandement du souverain et qui tira sa force de l’autorité dont elle émane et la coutume expression tacite de la volonté des populations (Esmein, “*ibid*”). Cette critique ne me paraît pas méritée. La loi n’est pas la coutume; mais, comme la coutume, elle est l’expression d’une règle qui se forme, sous l’action de la solidarité sociale, dans les consciences des individus membres d’une collectivité donnée”.

A explicação do constitucionalista francês não convence absolutamente.

Costume, como bem o definiu François Gèny (*Methode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2ª ed., 1932, t. I, pág. 319) é “*toute formation de règles juridiques s'opérant en dehors de la loi écrite*”. Daí o costume *secundum legem*, *propter legem* e *contra legem*. Inexiste costume decorrente da aplicação de uma norma legal.

19. Finalmente, o argumento haurido do princípio de hermenêutica modelador da parte final do § 1º do art. 2º de nossa Lei de Introdução ao Código Civil, o mais aturado no Brasil contra a teoria focada, não se estadeia irrespondível.

Ainda quando se queira ampliar o vocábulo “lei”, usado ali, até abranger constituições, o que é reverso na técnica destas, que extremam tão nitidamente os dois corpos de normas jurídicas (vejam-se, *in exemplis*, as letras *c* do inciso III do art. 102 e *b* de igual inciso do art. 105 de nossa vigente Carta Política), a teoria da desconstitucionalização das leis não infringiria o dispositivo citado.

A parte final do § 1º do art. 2º de nossa Lei de Introdução ao Código Civil se refere à revogação da lei anterior por posterior quando esta “regule inteiramente a matéria” de que tratava aquela.

Ora, a matéria formalmente constitucional de uma Carta Política é civil, administrativa, financeira, penal ou de outra ordem jurídica que não constitucional. Só entra no texto da Constituição pelos motivos alhures esclarecidos.

E, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a simples substituição de um código por outro não acarreta, por força do dispositivo em tela, a revogação de todos os artigos do anterior. É de mister que se indague se a matéria nele tratada era pertinente à sua esfera.

Esse entendimento ficou assentado quando, por ocasião da publicação do Código de Propriedade Industrial (Dec.-lei nº 254, de 28.2.1967), que se seguiu à anterior, baixado pelo Decreto-lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, se omitiu sobre as disposições penais contidas no último, as quais foram julgadas vigentes, porque matéria de direito penal, estranha à que só deveria cingir-se o código revogado (*Rev. Trim. Jur. do STF*, 43/387 e 826-51/424 e 426-56/789).

20. Examinemos, por derradeiro, os argumentos de ordem prática a favor da teoria da desconstitucionalização das leis, além dos já expendidos de ordem doutrinária.

Defende a teoria Julien Laferrière (ob. cit.), moderno constitucionalista francês, com o raciocínio de que, se, ao invés de anormalmente figurarem no texto da Constituição anterior, estivessem os dispositivos só formalmente constitucionais no seu devido lugar, isto é, em lei ordinária, continuariam em vigor, quando não colidissem com o texto da nova Constituição. Por que então considerá-los revogados, quando outros menos importantes, a ponto de não serem salvaguardados no texto constitucional, podem continuar a vigor?

Demais, à aplicação da teoria em estudo chega-se sempre, mesmo prescindindo-se dela, em qualquer das hipóteses que ensejam sua aplicação.

Em frente a uma lacuna legal, surgida com a sucessão de uma Constituição a outra, não sendo possível preenchê-la nem por analogia, nem pelo costume, há de recorrer-se, necessariamente, aos princípios gerais de Direito, na forma do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ora, o recurso aos princípios gerais do Direito leva o intérprete, em primeiro lugar, ao exame do que há no Direito Positivo nacional e um mandamento de lei ordinária, ínsito numa constituição revogada, deve prevalecer acima de tudo, quando não contrarie a ordem jurídica estabelecida pela Constituição vigente.

--oOo--

A obediência à lei é um dever, mas, como todos os deveres, não é absoluto, é relativo; repousa na suposição de que a lei parte de uma fonte legítima e se mantém dentro de justos limites.

BENJAMIN CONSTANT — “Cours de Politique Constitutionnelle”, pág. I/234 (Paris, 1872).