LEI — REVOGAÇÃO — INCONSTITUCIONALIDADE

— Uma lei contrária à Constituição posterior considera-se por esta revogada e não inconstitucional.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Santa Casa de Misericórdia de São José dos Campos *versus* José Pinotti
Apelação cível n.º 59.540 — Relator: Sr. Desembargador H. DA SILVA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 59.540, de São José dos Campos, em que é apelante a Santa Casa de Misericórdia local, e em que é apelado José Pinotti: Acorda, em maioria, o Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls., determinar regressem os autos à egrégia Sexta Câmara Civil para julgar como de direito, visto como não existe matéria de inconstitucionalidade a resolver, nos têrmos do art. 200 da Constituição federal. Custas a final.

Quando se debateu o caso em sessão da Câmara, propôs o relator a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, embora a lei inquinada de inconstitucional fôsse anterior à Constituição federal de 1946. Meditando sôbre o assunto, pareceu-lhe acertada a lição do Ministro Castro Nunes, em tal sentido (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*, págs. 600 a 603).

Reexaminando a tese, entendeu voltar à forma antiga já sufragada ao julgar-se a inconstitucionalidade na apelação n.º 39.646, de que foi Relator o douto Desembargador Mário Masagão (*Revista dos Tribunais*, 179-922), acórdão

subscrito por todos os então componentes da Sexta Câmara e no qual se decidiu que "não ocorre inconstitucionalidade de lei em sentido técnico, quando se cuida de apreciar o texto legal anterior à Constituição; aí se trata então de saber se o primeiro subsiste em face da segunda, ou se foi por esta revogado".

O argumento do eminente Sr. Castro Nunes é o de que a antinomia entre a lei e a Constituição, embora posterior, tem, tècnicamente, a denominação de inconstitucionalidade. Mas a êsse argumento pode-se, também, responder que a insubsistência de uma lei anterior, diante da outra posterior, tem, tècnicamente, a denominação de revogação. Assim dispõe o art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil: a Lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível. A Constituição atual não tem, como as anteriores, um dispositivo genérico revogando as leis com ela conflitantes (art. 83 da Constituição federal de 1891 — art. 187 da Constituição federal de 1934 — art. 183 da Constituição federal de 1937); mas assim o fêz considerando que se trata de uma disposição inútil e, pois, dispensável, em face do princípio da ab-rogação tácita das leis (V. Rui Barbosa — *Trabalhos do Código Civil no Senado*, vol. I, pág. 24 e nota — comentários à Constituição 6-406). Planiol, criticando precaução semelhante do Código Civil francês, tachou-a de inútil, acrescentando que "C'est parler pour ne rien dire" (*Droit Civil*, vol. I, n.º 228). E razões lógicas acodem em favor desta solução. E' que a lei já existente na data da promulgação da Constituição, não poderia contrariar esta; não poderia desconhecê-la nem violá-la, tornando-se destarte anti-constitucional.

O que ocorreu com o advento da lei maior, foi a ineficácia da lei anterior; o problema é de revogação, de aniquilamento da lei menor pela de maior graduação, diferente do problema, já mais grave, de uma lei posterior que atenta contra a Constituição, que lhe afronta a hierarquia, tornando-se inconstitucional, incorrendo por isto mesmo em nulidade, no caso concreto.

Aliás, observam que os nossos publicistas denominam êste fenômeno como de revogação das leis, como por exemplo o fazem Paula Batista (*Hermenêutica*, § 22 e nota); Teixeira de Freitas (*Consolidação* pág. 33 da Introdução); João Barbalho (*Comentário ao art.* 83 *da Constituição Federal de* 1891); Carlos Maximiliano (*Comentário à Constituição de* 1946, vol. I, pág. 87).

Finalmente, em anotação ao art. 187 da Constituição de 1934, escreve Pontes de Miranda que a "noção de constitucionalidade é jurìdicamente a partir do momento em que começa a ter vigor a Constituição; todo o material legislativo, que existe, considera-se revogado, no que contrariar os preceitos constitucionais".

Também no moderno direito constitucional italiano surgiu o problema, em face do art. 136 da nova Constituição italiana, que atribui à Côrte Constitucional o poder de declarar a "ilegitimidade constitucional da lei". Os comentadores ensinam que as leis anteriores têm-se como ab-rogadas. Diz, por exemplo, Calamandrei: "E' noto che secondo la giurisprudenza appoggiata da un'autorevole dottrina nella nuova Costituzione si avrebbero numeros e norme precettive di applicazione diretto ed immediata, in forza delle quali si dovrebbero considerare comme giá abrogate le leggi ordinarie anteriore incompatibile con esse: la Costituzione eserciterebbe cosi una diretta ed immediata efficacia abrogativa non soltanto sul piano delle legge costituzionali, ma altresi su piano delle legislazione ordinaria" (*Le Illegitimitá Costituzionale delle legge nel Processo Civile*, pág. 83). E' o que mais explìcitamente também sustentam Espinosa e Giantannasio em seus comentários à mesma Constituição (pág. 454).

São Paulo, 17 de setembro de 1952. — *Meireles dos Santos*, Presidente. — *H. da Silva Lima*, Relator. — *J. C. de Azevedo Marques*, vencido. — *Amorim Lima*, vencido. — *J. M. Gonzaga*, ven-

cido. — *Davi Filho.* — *Ulisses Dória.* — *Teodomiro Dias*, vencido. — *Rafael de Barros Monteiro*, vencido. — *Clóvis de Morais*, vencido. — *Augusto Neri.* — *Fernandes Martins.* — *Itagiba Pôrto.* — *José G. Rodrigues de Alckmin.* — *Joaquim de Silos Cintra*, vencido. — *Alípio Bastos.* — *Pedro Chaves*, vencido. — *Paulo Costa*, vencido. — *Trasíbulo de Albuquerque.* — *Vicente Sabino Júnior.* — *Tomás Carvalhal.* — *Vasconcelos Leme*, vencido. — *Prado Fraga*, vencido. — *Cantidiano de Almeida.* — *Juárez Bezerra.* — *Djalma Pinheiro Franco.* — *Frederico Roberto*, vencido. — *Francisco de Sousa Nogueira.* — *Tácito M. de Góes Nobre.* — *João M. C. Lacerda.* — *Márcio Munhós*, vencido. — *Pinto do Amaral*, vencido. — *O. Costa Manso*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

O advento de uma nova Constituição não põe têrmo, automàticamente, ao acêrvo de legislação ordinária, provindo de regime anterior.

Desaparecem, *ipso facto*, apenas os dispositivos de caráter constitucional, porque substituídos ou incorporados pela Carta Magna que entrou a vigorar.

As leis comuns persistem, desde que não entrem em choque com essa Carta. Eis uma verdade pacífica e universalmente aceita.

E é também por isso que os autores ensinam e os Tribunais decidem, que uma disposição constitucional regulamentável não exige, necessàriamente, a feitura de lei complementar nova, se já houver lei antiga dispondo harmoniosamente sôbre o assunto.

E' o que sucede, por exemplo, com o direito de greve, assegurado no art. 158 da Constituição, e regulamentado pelo decreto-lei n.º 9.070, que lhe é anterior.

A constitucionalidade dêsse decreto-lei já foi proclamada reiteradamente pelos Tribunais do país, inclusive o de São Paulo, e pelo Supremo Tribunal Federal. Releva notar que mesmo os impugnadores da validade dêsse diploma não o fazem por contrariar a sobrevivência, em tese, de leis anteriores a uma determinada Constituição, mas porque, na hipótese da greve, entendem que essa lei não se harmoniza com o espírito do texto constitucional. O princípio acima enunciado, portanto, permanece.

Ora, se assim é, — e indubitàvelmente é assim, — perdem relêvo, *data venia*, os dois fundamentos do venerando acórdão, o primeiro baseado numa abstração de ordem lógica, e o segundo numa abstração de ordem terminológica.

Diz, com efeito, o acórdão, que uma lei, anterior a certa Constituição, não pode, lògicamente, ser inconstitucional, pois que, pelo fato mesmo dessa anterioridade à Carta Magna, — "não poderia contrariar esta; não poderia desconhecê-la nem violá-la, tornando-se, destarte, anti-constitucional".

Mas, então, ter-se-ia que dizer da lei velha, que permanece em face da Constituição nova, a mesma coisa: essa lei, na lógica abstrata do acórdão, por ser anterior à Carta Magna, — "não poderia concordar com esta, não poderia conhecê-la nem respeitá-la, tornando-se, destarte, inconstitucional...".

E, entretanto, que é que em verdade se diz da lei velha que permanece em face da Constituição nova?

Que está simplesmente em vigor? Mas isso é esconder o problema atrás de uma palavra...

Por que continua a lei em vigor? Òbviamente porque não ofende a Constituição. E se não ofende é constitucional.

Da mesma sorte a lei velha decai. Deixa de vigorar porque contraria a Constituição. E se é contra a Constituição, é anticonstitucional ou inconstitucional...

Deseja, pois, o venerando acórdão, já agora por uma abstração terminológica, que as leis antigas, em choque com ulterior Carta Magna, não se digam "inconstitucional", mas "revogadas".

Pois que se chamem tècnicamente assim... E daí?

A revogação é efeito de uma causa.

Que causa? A inconstitucionalidade...

Se essa lei se conformasse com a Constituição, permaneceria. Tornava-se constitucional. Mas porque não se conforma, é contra a Constituição, é anticonstitucional, é inconstitucional... Por isso se declara revogada.

Ora, se a revogação decorre da inconstitucionalidade, competente para o declarar é o Tribunal Pleno, na forma do art. 200 da Constituição federal, ao contrário, *data venia*, do que ficou decidido no venerando acórdão.