

O controle normativo judicial — incidental, concreto e difuso — no direito brasileiro: da constituição de 1824 até a de 1967 e a emenda constitucional n.º 1 de 1969

The Judicial Review in Brazilian law: from 1824 Constitution to 1967 Constitution and the Constitution Amendment n. 1, 1969

AIRTON JOSÉ SOTT

Mestre e doutor pela PUC-SP
Professor da ULBRA—CANOAS—RS.

* Neste artigo verificar-se-á apenas da existência do controle normativo judicial: incidental, concreto e difuso, questões outras como, por exemplo, os efeitos, — para o poderes estatais (executivo, legislativo e judiciário) e terceiros — decorrentes das decisões e o papel do Senado na suspensão de leis fogem ao objeto deste artigo. Pretende-se, com este artigo, iniciar uma série de estudos sobre o controle normativo judicial — e a proteção dos direitos fundamentais — tomando como parâmetro as Constituições que antecederam a atual. Isso constitui a primeira fase de pesquisas, que levarão — e servirão de embasamento — à segunda, que versará sobre o controle normativo judicial e os Direitos Fundamentais na atual Constituição — especial atenção se dará às vias processuais na proteção dos Direitos Fundamentais e a realização do Direito Administrativo [matéria esta, que está em estreita conexão com a realização dos Direitos Fundamentais e do Direito Administrativo via judicial (conforme José Carlos Barbosa Moreira: A expressão *processo civil* tem no direito brasileiro extensão conceptual *maior* do que noutros ordenamentos jurídicos. Não se refere apenas à atividade realizada pelos órgãos judiciais para decidir litígios sobre relações jurídicas de ordem *privada*. Abrange, além disso, a atividade judicial relativa às causas da chamada “jurisdição voluntária” e também a concernente a litígios sobre relações jurídicas *de direito público* (constitucional, administrativo, tributário), os quais se incluem na área de competência da Justiça ordinária, uma vez que não existe, no Brasil, aparelho equiparável ao “contencioso administrativo” de tipo francês.” (grifos e destaques no original) *As Bases do Direito Processual Civil*, in, Temas de Direito Processual Civil, primeira série, São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1988, p. 3)]. Esta constitui, em linhas gerais, minha linha de pesquisa, atualmente, desenvolvida junto aos cursos de graduação e pós-graduação na ULBRA - CANOAS - RS.

* Eu agradeço ao Prof. Dr. Luís Afonso Heck pela leitura do original e pelas sugestões dadas para a feitura deste artigo.

RESUMO

O artigo pretende demonstrar que o controle judicial de constitucionalidade não esteve previsto na Constituição do Império. Este foi previsto pela primeira vez — incidental, concreta e difusamente — na Constituição Republicana de 1891 e esteve previsto nas de 1934, 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional de 1969. **Palavras-chave:** Direito Constitucional, Controle da constitucionalidade, História do Direito.

ABSTRACT

The article demonstrates that judicial review was not present in the Imperial Constitution. It was firstly ruled in the Republican Constitution of 1891, and afterwards in the 1934, 1937, 1946, 1967 Constitutions, and in the Constitutional Amendment of 1969.

Key words: Constitutional Law, Constitutional Control, History of Law.

INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo é verificar da possibilidade do controle normativo judicial de constitucionalidade — que se expressam incidental, concreta e difusamente¹ — no Direito brasileiro da constituição de 1824 até

¹ Para o presente texto usaremos a classificação difundida por Luís Afonso Heck: "... o par conceitual controle principal e incidental refere-se ao objeto do litígio. No controle normativo principal somente a questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade da lei é objeto do procedimento. O controle incidental, ao contrário, ocorre no quadro de um litígio jurídico que tem outro objeto, por exemplo, a conformidade ao direito de um ato. A decisão, porém, depende da constitucionalidade da lei que está na base desse ato. O par conceitual controle normativo abstrato e concreto dirige-se a o motivo do controle normativo. Naquele não existe conexão com um caso litigioso concreto, neste sim, porque se apresenta a questão de saber se a lei que importa para a decisão é ou não compatível com a Constituição. O par conceitual controle concentrado e difuso aponta para o tribunal competente para a decisão. No controle concentrado, tanto a competência para o exame como a competência para a rejeição estão concentradas em um mesmo tribunal, enquanto, no controle difuso, essas competências encontram-se nas mãos de juízes, monocráticos ou não. Além disso, o par conceitual controle normativo especial e integrado expressa o fato da jurisdição constitucional, e com isso o controle normativo, ser atribuído a um tribunal constitucional especial ou a um tribunal supremo competente para todos os âmbitos jurídicos. Esses pares conceituais se cruzam na prática." "O Controle Normativo no Direito Constitucional Brasileiro" *Revista do Tribunal*, nº 800, junho de 2002, p. 58 nota de pé-de-página número 1.

a de 1967 e, a emenda constitucional n.º 1 de 1969. O parâmetro adotado serão as prescrições constitucionais em cada texto constitucional;² as legislações infraconstitucionais, pertinentes ao tema, bem como as Emendas Constitucionais — com exceção da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 — serão citadas em notas de pé-de-página. À cada um dos textos Constitucionais e a Emenda de 1969, dedicaremos um item, com divisão em subitens, seguindo-se uma conclusão.

1 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL DE 1824

A primeira Constituição brasileira — a Constituição Imperial —, que seguiu-se a independência do país em relação a Portugal — 7 de setembro de 1822 —, data de 25 março de 1824. Peculiarizava-se por instituir o regime Imperial, pela inédita inserção do Poder Moderador³ ao lado dos tradicionais — conforme seu art. 10 —⁴ e por adotar uma religião ofici-

² Para o presente artigo usar-se-á como fonte a compilação das Constituições e Legislação Extravagante, de Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole: “Constituições do Brasil”, São Paulo: Atlas, 9ª edição, 1986, que respeita a ortografia da época da publicação de cada texto.

³ Poder-se-ia achar que o Poder Moderador não encontrava defensores no âmbito jurídico, no entanto, obras de grande envergadura surgiram para sustentar cientificamente a opção do Constituinte da época. O obra que, parece, mais profunda e detalhadamente fez a defesa do Poder Moderador, foi a de Braz Florentino Henriques de Souza, “Do Poder Moderador”, publicada pela primeira vez em 1864 (dedicada inclusive ao Imperador da época) e republicada em 1978, com uma “Introdução” muito esclarecedora de Barbosa Lima Sobrinho, para quem esta obra é “Em suma uma resposta imediata e exaustiva ao livro de Zacarias, *Da natureza e Limites do Poder Moderador*”. (grifos no original) P. 12. A defesa da teoria adotada e sua doutrina plasmada na Constituição do Império foram arduamente defendidas. Para a teoria recolhe-se “...nós estamos convencidos, até prova em contrário, de que a teoria do Poder Real ou *Poder Moderador*, tal como a aceitou dos publicistas franceses a Constituição brasileira, responde suficientemente, como mostraremos, a dificuldade apontada; e desde então esse poder supremo, colocado acima dos outros, aparece-nos, não como uma criação fantástica ou um devaneio de imaginação, mas como a expressão de uma grande necessidade governativa, como um elemento indispensável de ordem e de verdadeira liberdade, e como mola principal nos governos *monárquicos*, constitucionais e representativos, qual o nosso. (art. 3º da Const.)” p. 35. Já em relação a doutrina e como tal o que representava juridicamente o Poder Moderador, escreveu o autor, “É ele quem manda a todos *com império*: ao legislativo pelo veto, pelo adiamento da Assembléia-Geral; pela dissolução da Câmara dos deputados; — ao executivo pela demissão dos ministros; — ao judicial pela suspensão dos magistrados, pelo perdão das penas, e pela anistia.” (grifos no original) Do Poder Moderador” Brasília: Senado Federal, 1978, p. 35 e 44.

⁴ Conforme Ruy Cirne Lima, “quatro poderes repartem entre si a governação do Império: — o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Judicial e, sobranceiro a todos, o Poder Moderador. Reunindo o exercício do Poder Executivo e do Poder Moderador, o Imperador, segundo fórmula depois consagrada, reina, governa e administra.” Princípios de Direito Administrativo, Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 4.ª ed. 1964, p. 30.

al.⁵ Os “Direitos Fundamentais”, expressamente previstos, estavam contidos no Título 8º “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”, mais precisamente no art. 179, incisos I até XXXV.” Da forma unitária do Estado resultou unidade de “justiça” e não previu-se o controle normativo judicial.

1.1 Do Poder Judiciário

A Constituição de 1824 foi estruturada em oito títulos — com 179 artigos — as Disposições Gerais estavam contidas no Título 8º. Os Títulos 4º, 5º e o 7º foram subdivididos em capítulos. O Poder Judiciário estava previsto no Título 6º, então denominado: *Do Poder Judicial*; onde seguia-se *Dos Juizes, e Tribunais de Justiça*, — com 14 artigos: 151 ao 164, sem divisão em capítulos. Prescrevia o art. 151: “O Poder Judicial é independente⁶, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.” No que diz respeito ao órgão de cúpula do então “Poder Judicial”, prescrevia o art. 163: “Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de — Supremo Tribunal de Justiça — composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e

⁵ Conforme art. 5: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de Templo.” Conforme o art. 102 da Constituição Imperial ao Imperador incumbia a chefia do executivo auxiliado por “Ministros de Estado” e prescrevia em quinze incisos as suas principais funções, prescrevia o n. II. “Nomear Bispos, e prover os Benefícios Ecclesiasticos.”, e adiante no “XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas, que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral.” Ainda, conforme o art. 142: “Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador de — manter a Religião Catholica Apostolica Romana; observar a Constituição, e as Leis; ...”.

⁶ Conforme José Antônio Pimenta Bueno (então Marquês de São Vicente): “A maior e mais nobre garantia que o juizes e tribunais judiciários ministram à sociedade, é a da sua sabedoria e verdadeira independência dos outros poderes. Esta é quem abriga os cidadãos, quem lhes dá a certeza que nada têm a temer do governo, e só sim da lei, quando a infringirem. A lei esta feita, seja boa ou má, os direitos e obrigações contam com ela qual é, applique-a pois o magistrado, e responda pelo uso que fez da autoridade que a constituição lhe conferiu, autoridade própria diretamente delegada pela nação.” *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal (publicado originalmente em 1857), 1978, p. 78.

Ainda que se prevê-se que o “O Poder Judicial é Independente,...” seus membros podiam ser “suspensos” conforme prescrevia o art. 154: “O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei.”

serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.”; e, suas competências estavam prescritas nos incisos do art. 164.

1.2 Do controle normativo judicial

Na Constituição Imperial, não previu-se a possibilidade de controle normativo judicial.⁷ O controle normativo:

I) por previsão expressa:

a) era exercido pelos órgãos legislativos: art. 15: “É da attribuição da Assembléa Geral (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as,⁸

⁷ Conforme Lúcio Bittencourt: “No Regime da Carta Constitucional de 1824 não se reconheceu ao Poder Judicial a faculdade de recusar aplicação aos atos do Parlamento eivados de inconstitucionalidade. E’ certo que, por êsse e outros motivos, LEVI CARNEIRO faz severa crítica ao Supremo Tribunal de Justiça, considerando que este ‘despercebido de ‘sua missão mais alta, esquecido da repercussão política que poderia ter a sua atuação judiciária’, ‘não exercitou, com largueza, as suas prerrogativas, atrofiou-se, deixou que os outros poderes Constitucionais dominassem absolutamente, anulando-o.’” Mas esclarece Lúcio Bittencourt: “Certamente, o ilustre juriconsulto brasileiro, na sua impiedosa invectiva contra o Tribunal do Império, desejava que este procedesse como seu similar americano, correndo embora o risco de ser acusado de ‘usurpação.’”. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 27.

⁸ Conforme José Antônio Pimenta Bueno: “A interpretação considerada em geral, é a declaração, a explicação do sentido da lei, ou seja por via de autoridade, ou de doutrina judicial, ou doutrina comum, isto é, opinião dos sábios ou juriconsultos.” Segundo o autor: “Há pois duas e só duas, espécies de interpretação, por via de autoridade ou por via de doutrina, e elas são distintas em sua importância, força e efeitos, que não podem ser jamais confundidas.”

I) a primeira cabia a legislativo: “Interpretar a lei por via de autoridade ou via legislativa, por medida geral, abstrata ou autêntica, termos que são equivalentes, é determinar legítima e competentemente qual o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que deve ser observado sem mais dúvida ou hesitação, é em suma estabelecer o direito.”; e,

II) a segunda aos juízes e tribunais: “A interpretação *judicial*, ou *por via de doutrina*, *propriamente dita*, consiste pois na faculdade que a lei deu ao juiz, e que por isso ele tem, de examinar o verdadeiro sentido, o preceito da lei, ou dos princípios do direito, e de aplicá-lo à questão ante ele agitada tal qual o compreende, e sob sua responsabilidade .

‘Esta interpretação, esta dedução lógica pertence a ele e só a ele, e não é mesmo possível pretender que não lhe pertença, ou que pertença, conjuntamente a outrem, porque sem esse direito exclusivo, ele, que é o aplicador da lei, não poderia cumprir o dever de seu cargo, e muito menos ser responsável.’

‘Tal é a interpretação *judicial* ou *doutrinal propriamente dita*, e da competência dos juízes e dos tribunais superiores, órgãos constitucionais e privativos, únicos autorizados para declarar, o que segundo as leis do direito comum é conseqüente, lícito ou proibido, punível ou não, válido ou nulo.” (grifos no original) Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 77 e 78.

suspendel-as,⁹ e revogal-as.¹⁰ IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.”;¹¹

- b) art. 173: “A Assembléa geral no principio das suas Sessões examinará, se a Constituição Política do Estado tem sido exactamente observada, para prover, como fôr justo.”;¹² e,
- c) O art. 179 prescrevia, em 35 (trinta e cinco) incisos os Direitos Civis e Políticos; destaca-se dentre eles, no que diz respeito ao controle normativo, o de n.º XXX. “Todo o Cidadão poderá apre-

⁹ Conforme José Antônio Pimenta Bueno: “Em regra a autoridade das leis não ser suspensa; se ela não é útil seja revogada. Entretanto razões importante interesse público, circunstâncias especiais, podem aconselhar ou exigir a suspensão por algum tempo de uma lei, de um imposto, da liberdade da exportação de víveres, etc. Portanto era sem dúvida necessário que a constituição reconhecesse esta atribuição do poder legislativo, e só dele.” *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 84.

¹⁰ Conforme José Antônio Pimenta Bueno: “Só o poder que faz a lei é competente para revogá-la, quer expressa ou implicitamente no todo ou em parte.” *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 84.

¹¹ Conforme José Antônio Pimenta Bueno: “Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral e obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.”

‘Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo o jurista formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório.’

‘O poder executivo ou judicial são perfeita e completamente incompetentes para proceder a este respeito por via de autoridade, por isso mesmo que eles não têm a autoridade legislativa, que não são depositários nem da vontade e inteligência do legislador, nem do seu poder, enfim por isso que não são senão súditos da lei, que não podem dispor dela e que são apenas seus executores ou aplicadores. Tudo o mais é um sofisma grosseiro, que só serve para tirar crédito à administração e advertir os povos do desejo de invadir as atribuições do poder legislador.” O autor enfatiza “Concluiremos, pois, que a interpretação por via de autoridade, por medida gera, abstrata, autêntica, por determinação, resolução, declaração ou decisão obrigatória, pois que todos estes termos são sinônimos, pertence só exclusivamente ao poder legislativo, e de nenhum modo ao poder executivo, quaisquer que sejam as denominações ou sofismas ministeriais.” *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 69, 70 e 74.

¹² Conforme José Antônio Pimenta Bueno: “De todas as leis que as que demandam maior inspeção, por isso mesmo que demandam o mais alto respeito, são as leis constitucionais; sua observância dever ser religiosa, pois que são o fundamento de todas as outras e da nossa existência e sociedade política. São os títulos dos direitos dos poderes políticos, e não são só títulos de seus direitos, mas também de suas obrigações, não são só brasões da autoridade, são também garantias dos cidadãos; ligam o súdito e o poder; é por isso que a constituição ordena à assembléa geral — *que vele na guarda de seus preceitos*.” (grifos no original). *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 106.

sentar por escrito ao Poder Legislativo, e o Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente Autoridade a effectiva responsabilidade dos infratores.”¹³ Ao não incluir-se o *Poder Judicial* entre os destinatários das “reclamações, queixas, ou petições” e exposição de infrações à Constituição, ganha mais força, a assertiva da não atribuição de controle normativo aos órgãos judiciais, pela Constituição Imperial.

II) sem previsão expressa: pelo Poder Moderador, art. 98: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes Políticos.”¹⁴

2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891

A segunda Constituição brasileira — a primeira Constituição Republicana —, que seguiu-se a proclamação da república — o Decreto n. 1 de 15 de novembro de 1889 proclamou, provisoriamente, a República — data de 24 de

¹³ Conforme José Antônio Pimenta Bueno: “... verificar se estão ou não de acordo com a Constituição, com as leis e com os interesses públicos, e consequentemente exercer o direito que o art. 179, § 30, da lei fundamental outorga aos cidadãos, a sua censura pela imprensa. É este um dos motivos que recomendam a publicidade dos relatórios anuais do ministério, e de outros esclarecimentos periódicos, que habilitam assim a sociedade, como representantes da nação, avaliar os atos ministeriais.” E adiante completa: “O Direito de interpeação, que é inseparável ou conjunto com esta atribuição, ou o direito de pedir esclarecimentos ou detalhes de um ato ou serviço administrativo qualquer, direito que pertença a cada um dos representantes da nação, é também um outro meio de exercer esta fiscalização.” *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 107 e 108.

¹⁴ Conforme Braz Florentino Henriques de Souza: “Daí, portanto, resulta que as atribuições do *Poder Moderador* podem ser classificadas em três categorias distintas, correspondentes a cada um dos outros poderes políticos, a saber: atribuições moderadoras do Poder Legislativo; atribuições moderadoras do Poder Executivo; e atribuições moderadoras do Poder Judicial. Na primeira categoria compreendem-se as que são mencionadas nos §§ 1, 2, 3 e 5, do art. 101 da Constituição, isto é, o direito de nomear os senadores, de convocar extraordinariamente a Assembléia Geral, de sancionar os seus decretos e resoluções, de prorrogá-los ou adiá-la, e de dissolver a Câmara dos Deputados; — na segunda, a de que faz menção o § 6.º, isto é, o direito de nomear e demitir livremente os Ministros de Estado; — na terceira categoria, enfim, as de que tratam os §§ 7, 8 e 9 do mesmo artigo, isto é, o direito de suspender os magistrados, de perdoar e moderar as penas, e de conceder anistia.” (grifos no original) *Do Poder Moderador* Brasília: Senado Federal, 1978, p. 84.

fevereiro de 1891. Com ela caiu o Império e com ele o poder moderador; criou-se a “República Federativa”¹⁵ (que já estava prevista no Decreto n.º 1 de 15/11/1889) e laicizou o Estado.¹⁶ Os “Direitos Fundamentais”, expressamente previstos, estavam contidos no Título IV, “Dos Cidadãos Brasileiros” secção II, “Declaração de Direitos”, mais precisamente no art. 72, §§ 1º até

¹⁵ Prescrevia o art. 1.º: “A Nação Brasileira adopta como fórmula de governo, sob o regimen representativo, a Republica Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpetua e indissolvel das suas antigas provincias, em Estados Unidos do Brazil.”

¹⁶ Prescrevia o art. 72, § 3: “Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seo culto (...).” Comentando este dispositivo escreveu João Barbalho: “A fé e piedade religiosa, apanagio da consciencia individual, escapa inteiramente à ingerencia do estado. Em nome de principio algum póde a autoridade publica impôr ou prohibir crenças e praticas relativas a este objeto. Fôra violentar a liberdade espiritual e o protegel-a, bem com às outras liberdades , está na missão d’elle. Leis que a restringem, estão fora da sua competência e são sempre parciais e damnosas. E’ certo que nenhuma poderá jámais invadir o dominio do pensamento; este libra-se ácima de todos os obstáculos com que se pretenda tolhel-o. Mas as religiões não são cousa meramente especulativa e, si seo assento e refugio é o recinto intimo da consciencia, têm tambem preceitos a cumprir, praticas externas a observar, não menos dignas de respeito que a crença de que são resultado, ou a que andam anexo.” Este mesmo autor, ao comentar o § 6 do referido artigo, que prescrevia: “Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos publicos”; assim se expressou: “§ 6. Será leigo o ensino nos estabelecimentos publicos. Instituição de caracter temporal, secular, o Estado não tem na sua missão a catechese e propaganda religiosa. Aberraria elle de seos fins, caso a tomasse a si. E tomando-a, naturalmente preferiria a de uma única religião. Ora, esta religião privilegiada seira ensinada á custo do producto dos impostos pagos pelos cidadãos em geral, incluidos os dissidentes d’ella, com dupla violência — de seo bolso e se sua consciencia, á qual repugnaria fazer despesas de um ensino contrario ás suas crenças religiosas.’

‘E o estado quebraria o principio de egualdade si curasse do ensino exclusivo de uma religião; em homenagem a esse principio deveria ensinar ou todas as religiões ou nenhuma d’ellas. N’um caso, aberração e despropósito , n’outro neutralidade e respeito a todas as crenças.” Adiante porém esclarece e alerta: “Si o mestre não tem que catechisar, — e isto a outrem caberá, que não a um funcionario do estado, — não se segue d’ahi que, devendo formar o coração do discipulo, se abstenha elle de inculcar-lhe a idéia do dever, os sentimentos moraes que são apanagio das sociedades bem ordenadas e que recebem a influção do espirito religioso. Assim, a escola não ensinará maximas intolerantes, não inspirará aos alumnos o odio aos que professarem religião diversa, não entrará no hyerogliphio dos dogmas; mas professará sem quebra da neutralidade que ella deve guardar entre todas as confissões, o respeito por todos os direitos e liberdades legitimas, o amor do proximo sem distincção de crenças, a fraternidade dos provos e raças, a caridade para com todos, a responsabilidade pessoal, o amor á ordem, o respeito á lei e aos superiores, o patriotismo, a pratica do bem e da virtude, emfim. Um ensino assim não tem nada de anti-religioso e está mui longe de comprometer a segurança e o futuro do estado; ao contrario, o ampara e o escuda.” (grifos nos original) Comentários à Constituição Fede de 1891 (publicação original, Rio Janeiro: Companhia Litho, 1902), Brasília: Senado Federal, 1992, p. 305 e 313.

Nesta senda, mais tarde, em comentários a Constituição de 1934, escreveu Pontes de Miranda: “As declarações de direitos de natureza contratual começam com a Magna Carta de 1212, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1688. Mas a concepção de direitos fundamentais tem suas raízes no terreno filosófico. Sustentou G. Jellinek, em *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, que a idea dos direitos fundamentais proveio da liberdade religiosa. Legislativamente, o primeiro texto é a declaração do Estado da Virgínia, de 12de junho de 1776, a que se seguiram a da Pensilvânia (11 de novembro de 1776) e outras. A Constituição federal de 1787 não continha declaração de direitos: só os *Amendments* de 1789-1791 inseriram alguns preceitos de direitos fundamentais.” (grifos no original) Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil, de 1934, tomo II, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936, p. 61.

31.¹⁷ Da forma federada de Estado — não que isso seja necessário¹⁸ — resultou a dualidade de “justiças”¹⁹ — a “Justiça Federal” e “Justiça Estadual” — e criou-se a possibilidade de controle normativo judicial.²⁰

¹⁷ Prescrevia o art. 78: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna.”

¹⁸ Poder-se-ia entender que a dualidades de “justiças” é inerente ao regime federativo, no entanto, conforme Themistocles Brandão Cavacanti: “este modo de considerar a organização dos poderes dos Estados, no regime federativo, está na tradição do regime, embora não se nos afigure indispensável à definição da autonomia dos Estados.” E adiante assevera, “não nos venceram até hoje os argumentos com que se pretende provar que a organização do Poder Judiciário faz parte das estruturas autônomas dos Estados, como parte indispensável à perfeita organização da entidade autônoma. Consideramos, ao contrário, a função jurisdiccional como manifestação da soberania, e, por isso mesmo, compreendida dentro da competência exclusiva da União.” Teoria do Estado, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 504.

¹⁹ Conforme Ruy Cirne Lima: “A República, proclamada a 15 de novembro de 1889 e plasmada juridicamente na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, transforma as antigas províncias em Estados; institui apenas três poderes, — Legislativo, Executivo e Judiciário; suprime a jurisdição administrativa do Conselho de Estado. Um presidente, eleito pelo povo, passa a exercer o Poder Executivo. Duas Câmaras, de formação e duração diferentes, fazem as leis. Duas jurisdições, a federal e a estadual, distribuem a justiça.” Princípios de Direito Administrativo, Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 4.º ed. 1964, p. 32. Conforme João Barbalho: “Está ahi bem positivamente assignalada, como principal característico do regimen adoptado, a coexistência de um poder judiciario federal e de um poder judiciario local, cada um desenvolvendo a sua acção dentro da respectiva esphera de competencia, sem subordinação, porque ambos são soberanos, e sem conflictos, porque cada um conhece a natureza dos interesses que provocam a sua intervenção.” Comentários à Constituição Fede de 1891, Brasília: Senado Federal, 1992, p. 222.

²⁰ Rui Barbosa, em sustentação oral, perante o Supremo Tribunal Federal, no início da vigência da Constituição de 1891, assim resumiu os anseios da época, “Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, puzemos-o como um veto permanente aos sophismas opressores da razão de estado, resumimos-lhe a função específica nesta idéia. Se ella vos penetrar, e apoderar-se de vós, se fôr, como nós concebíamos, como os Estados Unidos conseguiram, o principio animante deste tribunal, a revolução republicana estará salva. Se, pelo contrario, se coagular, morta, no texto, como o sangue de um cadaver, a constituição de 1891 estará perdida. Ora, é a primeira vez que essa aspiração se vae ver submetida á prova real. E aqui está porque eu tremo, senhores, receando que o julgamento desta causa venha a ser o julgamento desta instituição.” E adiante “o recurso de me valho pelos pacientes, não representa conveniências particulares. E’ um instrumento de ordem publica. Os meus constituintes não são os presos da Lage, ou os desterrados de Cucuhy. Detraz delles, acima delles outra clientela mais alta me acompanha a este tribunal. A verdadeira impetrante deste habeas-corpus é a nação.” Discurso Proferido no Supremo Tribunal Federal. A 23 de abril de 1892, na sustentação do “Habeas-corpus” de 18 do mesmo mez. In, Ruy Barbosa, Novos discursos e conferencias, colligidos e revistos por Homero Pires, São Paulo: Livraria Ademica e Saraiva & Cia, 1933, 92-92 e 95. Mais tarde, um Ministro do Supremo, parece, respondeu parcialmente a questão levantada por Rui Barabosa; escreveu Pedro Lessa: “Macaqueámos as instituições constitucionais norte-americanas, a cada passo os nossos politicos militantes lavam o rosto aos adversarios com precedentes e costumes politicos americanos ; mas, quando apparece a necessidade ou o ensejo de applicar as instituições que, bem ou mal, importámos, bem patente se faz a nossa falta de envergadura para imitar o modelo, a nossa incapacidade para pôr em pratica o regimen perfilhado por nossas leis.” Do Poder Judiciario, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 298. A Emenda Constitucional n.º 5 de setembro de 1926, o controle de parte dos atos do Poder Legislativo e Executivo, deixaram de ser controláveis pelo Poder Judiciário, conforme art. 59, § 5.º: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sitio, não poderão os tribunais conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo.”

2.1 Do Poder Judiciário

A Constituição de 1891 foi estruturada em cinco títulos — com 91 artigos — mais as Disposições Transitórias — com 8 artigos —. O título primeiro foi dividido em seções e estas em capítulos; o segundo e o terceiro título não receberam divisões; o quarto título foi apenas dividido em seções; e o quinto título, sem divisões, foi reservado para as Disposições Gerais. O Poder Judiciário estava previsto no Título I — Da Organização Federal, Seção III) *Do Poder Judiciario*. — com 8 artigos: 55 ao 62 —, sem divisão em capítulos. A “Justiça Federal” foi regulada nos arts. 55, 57, 58 e 60. As “Justiças Estaduais” foram reguladas nos arts. 61 e 62.²¹ No que diz respeito ao órgão de cúpula do então “Poder Judiciario” prescrevia o art. 55: “O Poder Judiciario da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com séde na Capital da Republica, (...)”, já o 56: “O Supremo Tribunal Federal compor-se-ha de quinze juizes, nomeados na fôrma do art. 48, n. 12, dentre os cidadãos de notavel saber e reputação, elegiveis para o Senado.”; e, suas competências estavam prescritas no art. 59.

2.2 Do controle normativo judicial

Na primeira constituição republicana previu-se, pela primeira vez, a possibilidade de controle normativo pelos órgãos judiciais — deixando, assim, de ser atribuição exclusiva do legislativo, como expressamente prescrevia o art. 35: “Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:” e o § 1º: “Velar pela guarda da Constituição e das leis, (...)” O “Poder

²¹ Em decorrência da forma federativa de estado adotada — não que seja necessário num estado federado — a competência de legislar sobre direito processual era da União para a Justiça Federal e dos Estados para a Justiça Estadual. Para a União, prescrevia o art. 34: “Compete privativamente ao Congresso Nacional” (...) 23. “Legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal:” e logo a seguir, 26. “Organizar a justiça federal, nos termos do art. 55 e seguintes da Secção III; (...)”. Para os Estados, tirante o art. 62 que previa a recíproca não-intervenção entre as “justiças” e as prescrições do art. 34 acima citadas, apenas no art. 63. — já no Título II - DOS ESTADOS —, encontra-se previsão constitucional que permitia a criação de um Constituição e, a partir dela a criação de leis processuais estaduais. Prescrevia o citado artigo: “Cada Estado reger-se-há pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitadas os princípios constitucionais da União”. Portanto, eventuais normas (leis ou ..) que autorizavam o controle normativo devem ser pesquisados nas leis federais para a Justiça Federal e nas constituições estaduais e nas leis estaduais para as “Justiças Estaduais”. Para estas, em face dos objetivos do presente estudo, não far-se-á a pesquisa; para aquelas, a Lei n.º 221, de 20/11/1894, prescreveu no art. 13, § 10: “Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.” Este foi, para a Justiça Federal — não para as “Justiças Estaduais, insista-se — o primeiro dispositivo legal, infraconstitucional, que regulamentou o controle normativo previsto na Constituição.

Judiciário” ganhou status de “Poder Soberano”.²² Aos órgãos do Poder Judiciário, em nível constitucional, possibilitava-se o controle normativo:²³

I) por previsão expressa:²⁴

- a) “Titulo IV — Dos Cidadãos Brasileiros — Secção — II — Declaração de Direitos — art. 72: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes: (...) §22.²⁵ “Dar-se-há o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, ilegalidade, ou abuso de poder”.²⁶

²² Conforme João Barbalho: “De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada da sua autoridade para interpôr a benéfica influencia do seu criterio decisivo, afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão.” (grifos no original) Comentários à Constituição Fede de 1891, Brasília: Senado Federal, 1992, p. 222.

²³ Conforme Carlos Maximiliano, “Interprete da Constituição, e mais autorizado que os outros, é o Poder Judiciario. Não age, todavia, *sponte sua*; pronuncia-se contra a validade de actos do Executivo ou do Congresso Nacional quando os prejudicados reclamam empregando o remedio juridico adequado á especie, obedecendo aos preceitos formaes para obter o restabelecimento do direito violado.” “Commentarios Constituição Brasileira” Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro do Santos Editor, 1918, p. 117. Necessário, entretanto, observar conforme Lúcio Bittencourt “A afirmação de CARLOS MAXIMILIANO de que o judiciário não pode agir *sponte sua*, mas está obrigado a esperar que os interessados reclamem contra o ato, precisa ser entendida em termos. Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juízes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional. Esta não existe como lei e, por consequência, o juiz se recusará a aplicá-la, ainda mesmo que os litigantes, na sua unanimidade, a considerem boa e válida. Os juízes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso. Cabe ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito — explica BARBALHO — ‘mas o ato contrário à Constituição não’ é lei, e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a lei ‘suprema.’” (grifos no original) O Controle Jurisdiccional da Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 113.

²⁴ Com a Emenda Constitucional n.º 5 de setembro de 1926 retrocede-se em relação ao controle de atos do Poder Legislativo e Executivo e, como isto, na possibilidade de controle normativo dos atos destes. Este retrocesso foi inserido através do § 5.º do art. 59: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sitio, não poderão os tribunais conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo.”

²⁵ A Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 deu a seguinte redação ao art. 72: (...) § 22: “Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violéncia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.”

²⁶ Prescrevia o art. 61: “As decisões dos juizes ou tribunaes dos Estados, nas materias de sua competencia, porão termo aos processos e ás questões, salvo quanto a: 1º *habeas-corpus*; (...) Em taes casos, haverá recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal.” Este dispositivo corrobora a tese de que este instrumento não era apenas uma via processual, mas também uma possibilidade de controle normativo e também controle dos “Direitos Fundamentais” previstos no art. 72 da Constituição. Conforme João Barbalho: “A Constituição assegurou o *Habeas-corpus*, dando-lhe n’este paragraho o caracter de «garantia constitucional» e mantendo (art. 61) o recurso voluntário do supremo tribunal federal em todos os casos de denegação de *Habeas-corpus*.” Comentários à Constituição Fede de 1891, Brasília: Senado Federal, 1992, p. 328.

Note-se que o *Habeas corpus* foi, não apenas um forma de controle normativo mas também a primeira via processual²⁷ à diretamente visar a proteção dos “Direitos Fundamentais” previstos no art. 72 da Constituição.²⁸

²⁷ Neste sentido Pontes de Miranda: “Destarte, Constituição que assegure, como a do Brasil de 1891, a indenegabilidade do *habeas-corpus*, cria nova “coação-proteção”, isto é, direito nôvo, pois dos elementos essenciais a um direito - sujeito ativo, objeto, sujeito passivo e regra social - é esse o único que acarreta, ao mudar de natureza, necessariamente, fenômeno de *outra natureza*. A “coação-proteção”, antes secundária, de direito processual, não regulava a formação do fenômeno jurídico: determinava, apenas, como todo direito formal, as formas e meios pelos quais se podia ir em auxílio de direitos violados.” (grifos no original) História e Prática do Habeas- Corpus, 2.^a edição. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951, p. 163.

No sentido de ser o *habeas corpus* um forma de controle normativo, veja-se a lição de Pedro Lessa, respondendo uma questão concreta à época: “sendo evidentemente inconstitucional o acto do Presidente da Republica, por lhe Ter a Constituição claramente negado competencia para intervir, como o fez, na vida autonoma municipal, nenhum embaraço se me deparava á concessão do *habeas-corpus*.” Do Poder Judiciario, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 311.

Themistocles Brandão Cavalcanti, ainda que em comentários à Constituição de 1946, deixa a questão ainda mais clara: “Em nossa prática profissional tivemos oportunidade de provocar um pedido de *habeas corpus*, o exame pelo Supremo Tribunal da Constitucionalidade da reforma Constitucional de 1926.” (em pé-de-página, *Habeas-corpus* n.º 18.178 de 27 de setembro de 1926.)

‘Pois bem, alí o Supremo Tribunal resolveu conhecer da matéria, embora em *Habeas corpus*, afastando a preliminar de não se conhecer por tratar-se de matéria política, e penetrou no âmago da elaboração revisionista, decidindo mesmo sobre a espinhosa tese do *quomam* legislativo, questão perfeitamente classificável entre as exclusivamente política, porque ligadas intimamente à economia interna das Câmaras.” (grifos no original) A Constituição Federal Comentada, Vol. IV, Rio de Janeiro: JOSE KONFINO – Editor, 1949, p. 213.

Conforme Pedro Lessa: “A quem se estriba em uma disposição constitucional, positiva, ampla e insophismavel, não se responde, nem se objecta, com preceitos de leis secundarias, nem com regimentos de tribunais.” Adiante, o autor — embora vencido em decisão em *habeas corpus*, como Ministro do Supremo Tribunal Federal —, sustentava que a defesa dos “Direitos Fundamentais” deveria ser feita inclusive no “Estado de Sítio”: “Uma só questão poderia ser suscitada : é permitido ao Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional a decretação do estado de sitio pelo poder executivo, e garantir direitos individuais lesados por um estado de sitio, assim inconstitucionalmente decretado? Ao contrario do que afirma um dos considerandos do accordam, em face da doutrina e da jurisprudencia da nação que nos deve servir de modelo de pratica do direito publico federal, sem duvida nenhuma que sim.” Do Poder Judiciario, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 307 e 395.

²⁸ Conforme Pontes de Miranda: “A exegese e a crítica do *habeas-corpus*, qual no-lo prometeu a Constituição de 1891, devem partir da mais singela e nua exposição literal, apenas comparada com a linguagem dos decretos anteriores, em que o consagrava já, com a mesma intenção e termos, o Govêrno Provisório. E’ o período agudo de uma transformação jurídica sob todos os títulos memorável. Antes simples remédio processual, extinguível pelos legisladores ordinários, vai o *habeas-corpus* adquirir, em seu novo nascedouro, o caráter de direito constitucional, em regra jurídica inderrogável pelas leis ordinárias.” E em momento já mais adiantado da pesquisa, alerta, “Sobre o assunto, cumpre advertir que a doutrina está assente. No processo de *habeas-corpus* apura-se constitucionalidade de leis e de outros atos dos poderes públicos” História e Prática do Habeas-Corpus, 2.^o edição. Pontes de Miranda, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951, p. 157 e 246.

Para aqueles que objetarem que os “direitos” previstos no art. 72 da Constituição não tinham aplicação imediata ou precisavam de regulamentação, serve lembrar, Ruy Cirne Lima, “A própria regra constitucional é, enfim, a origem imediata dos direitos subjetivos constitucionais.” Princípios de Direito Administrativo, Porto Alegre: Livraria Sulina, 4^o ed. 1964, p. 105.

- b) art. 60: “Compete aos juizes ou Tribunais Federais processar e julgar:”²⁹ alínea a) “as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou defesa, em disposição da Constituição Federal;” e, alínea b) “todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo;”³⁰ c) em relação às decisões das “justiças dos estados”: art. 59: “Ao Supremo Tribunal Federal³¹ compete: (...) § 1^a “Das sentenças da justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal”:³² “a) quando se questionar sobre a validade ou a applicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do

²⁹ A Emenda Constitucional de 5 de setembro de 1926 deu a este artigo a seguinte redação: art. 60: “Aos juizes e Tribunaes Federais: processar e julgar: (...)”. Os dispositivos referidos não tiveram sua redação alterada.

³⁰ A Lei n.º 221, de 20/11/1894, prescreveu no art. 13, §10: “Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.” Este foi, para a Justiça Federal — não para as “Justiças Estaduais, insista-se — o primeiro dispositivo legal, infraconstitucional, que regulamentou o controle normativo previsto na Constituição. Insiste-se na questão deste dispositivo legal aplicar-se apenas à “Justiça Federal” da época; porque na Constituição de 1891, a competência para legislar sobre processo era, conforme art. 34, n. 23, da competência do Congresso Nacional, apenas para a Justiça Federal; logo, esta norma não se applicava às “Justiças dos Estados”, a não ser por analogia.

³¹ Prescrevia o art. 55: “O poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com séde na Capital da Republica, e tantos juizes e tribunais federaes distribuidos pelo paiz, quantos o Congresso crear. Já o artigo 56 prescrevia: “O Supremo Tribunal Federal compor-se-há de quinze juizes, nomeados na fórma do art. 48, n. 12, dentre os cidadãos de notavel saber e reputação, elegiveis para o Senado.”

³² Prescrevia o art. 61: “As decisões dos juizes ou tribunais dos Estados, nas materias de sua competência, porão termo aos processos e ás questões, salvo quanto a:” 1.º “*habeas-corpus*;” 2.º “espolio de estrangeiro, quando a especie não estiver prevista em convenção, ou tratado.” “Em taes casos, haverá recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal.” O Decreto n.º 23.055 de 9 de agosto de 1933 prescrevia no seu art. 1.º: “As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de accôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” O §1.º deste artigo prescrevia: “sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposição ou princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou decretos ou actos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou da Camara respectiva, a quem couber, recorrerá “*ex-officio*” para o Supremo Tribunal Federal, com efeito suspensivo, dentro do prazo de tres dias contados da publicação do respectivo acórdam.”

Com a Emenda Constitucional n.º 5 de setembro de 1926, este parágrafo passou do artigo 59 para o artigo 60 com a seguinte redação: § 1º “Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:” a) “quando se questionar sobre a vigencia, ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;” b) “quando se contestar a validade de leis ou de actos do governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;” c) “quando dous ou mais tribunais locaes interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador geral da República;” e d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.”

Estado fôr contra ella;”, b) “quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas;”, c) “as causas e conflictos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;”, d) “os litígios e as reclamações estrangeiras e a União ou os Estados;”, e) os conflitos dos juizes ou Tribunais Federaes entre si, ou entre estes e os Estados, assim como os dos juizes e tribunaes de um Estado com os juizes e os tribunaes outro Estado;(...).”³³

- d) em relação às decisões dos “juizes ou Tribunais Federais”: competência ao Supremo Tribunal Federal, conforme art. 57, n.º 2: “Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e Tribunais Federais, assim como os de que tratam o presente art., § 1.º, e o art. 60.”; e,

II) sem previsão expressa: por todos os órgãos judiciais dos Estados, conforme se depreende da possibilidade de revisão de seus julgados, prescritos nos artigos acima citados. Aliás, conforme se depreende da leitura do art. 39 e também dos outros acima citados, não restaram dúvidas de

³³ Conforme João Barbalho: “Como Estranhar, pois, que o juiz estadual decida que não execute uma lei, para cujo cumprimento é invocado, pelo meio competente, a sua autoridade, quando essa lei é contraria á Constituição federal? Estranho seria que a Constituição não fosse obrigatoria para as justiças dos Estados.”

‘Para correctivo contra decisões, em assumptos desta natureza, nas quaes se sacrifique a genuina intelligencia do texto constitucional, sabidamente dispozeram os constituintes, estabelecendo recurso em taes casos para o supremo tribunal federal, dos julgados finaes da jurisdição estadual. Este restabelecerá o verdadeiro sentido da disposição invocada, — e o que por elle fôr decidido *ita jus esto*.’

‘Dest’arte nas questões constitucionais, agitadas quér no fôro federal, quer no estadual, toca-lhe dizer a ultima palavra e sua decisão obriga a todas as autoridades e poderes publicos; e eis porque se diz, com razão, que o supremo tribunal federal é nisso ARBITRO E INTERPRETE FINAL DA CONSTITUIÇÃO.’ Páginas depois o autor enfatiza: “Este recurso é um dos elementos essenciais da organização federal. Promovendo a reintegração da ordem jurídica violada, elle visa a exacta execução da Constituição, tratados e leis federais, e a fiel observancia das limitações postas aos poderes dos Estados. E’ condição *sin qua non* do funcionamento regular, harmonico e efficaz do systema. Sem isso, perderia este sua cohesão.’

‘Em cada um dos Estados da União poderiam ser a Constituição, bem como as leis e tratados feitos por virtude d’ella, entendidos de modo vario, prejudicial ao nexo federativo, aos direitos e interesses que elle deve assegurar, ás relações internacionais. Não teriamos *governo nacional*, prevaleceriam os poderes regionais, forças centrifugas. De facto não seriamos Estados *Unidos*. Nossa forma de governo viria a ser a anarchia consituida e a instabilidade organisada.” (grifos e destaques no original). Comentários à Constituição Federal de 1891, Brasília: Senado Federal, 1992, p. 226.

que a Constituição de 1891 atribuiu a todos os órgãos judiciais o poder de fazer o controle normativo em quaisquer decisão judicial.³⁴

Conforme depreende-se da análise destes dispositivos estava previsto na Constituição de 1891 o controle normativo judicial: incidental, concreto e difuso.³⁵ Este controle estava a cargo, sem exceção, de todos os

³⁴ Conforme João Barbalho: “(...) considerada a função constitucional do poder judiciário, vê-se que este no jogo do systema não embaraça o funcionar dos outros, não os prejudica, nem pôde annullar-os ou absorvel-o.’

‘— D’essa função resulta, como natural e necessaria consequencia, assefrar-se a supremacia da Constituição sobre todas as leis e actos governamentaes e de administração, emanados dos poderes e funcionarios quér da União federal quér dos Estados. D’ahi resulta tambem poderem manter-se inviolaveis e superiores á acção dos poderes publicos e das autoridades os direitos do cidadão, — e esta é uma garantia das referidas pelo art. 78, não enumeradas e expressas como taes, mas resultantes do systema e dos principios consagrados pela Constituição.’

‘Em rigor nem fôra necessario texto formal e explicito, attribuindo á magistratura o poder, ou antes o dever (como o consideram os comentadores) de deixar de aplicar leis inconstitucionais e de declarar inefficientes e invalidos actos officiaes illegaes. Está isso implicitamente comprehendido no poder de julgar, que não pôde ser exercido com esquecimento e preterição da Constituição, fonte de autoridade judicial e lei suprema, não para os cidadãos sómente, mas tambem para os proprios poderes publicos.” Como noticia o autor: “Nos Estados-Unidos norte-americanos, a Constituição federal não consagrou em disposição expressa esta attribuição. E’ mui conhecida e muitas vezes citada a anedocta, referida por Bryce (*The American Commonwealth*, I, pag. 246), do inglez que, vindo a saber que a justiça americana tinha poder de annular as leis inconstitucionais, folheou em vão a Constituição, durante dous dias, procurando a disposição onde isso se consagrava. Tal poder se infere do art. 3, secção 2^a.’

‘«O poder judiciario extender-se-á a todos as causas, de direito e equidade, que nascerem d’esta Constituição ou das leis dos Estados Unidos».’

‘Nossa Constituição o contém no art. 60. a) referindo-se ás causas em que uma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição da Cosntituição federal e estabelecendo recurso para o supremo tribunal das sentenças das justças estadauae, quando, questionando-se sobre a validade dos tratados e leis federaes, a ella fôr contra a decisão.” (grifos e destaques no original) Comentários à Constituição Federal de 1891, Brasília: Senado Federal, 1992, p. 224.

³⁵ Conforme Eusébio de Queiroz Lima: “A superioridade da constituição sobre as leis ordinarias determina a regra de que uma lei só é legitima quando se conforma com os principios da constituição. Uma lei que, na sua contextura integral ou em qualquer dos seus dispositivos, contrarie um principio que a Constituição estabeleça, offerecerá, em consequencia dessa discordancia, um vicio que a destroe, no todo ou em parte: o da *inconstitucionalidade*. Isto quer dizer; uma lei que vai de encontro a um preceito constitucional é, por isso mesmo, irrita e nulla, na medida em que a incompatibilidade se verifica.” (grifos no original) *Theoria do Estado*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930 p. 313 e 314. (o autor era professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro).

órgãos jurisdicionais.³⁶ O fato do Supremo Tribunal Federal, ter em última instância a obrigação de fazer o controle normativo,³⁷ não retirava dos demais órgãos jurisdicionais a possibilidade, ou melhor, obrigação de fazê-lo.³⁸ Todos os órgãos jurisdicionais podiam e deviam verificar, antes de

³⁶ Conforme Carlos Maximiliano: “A adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: a) a *Crítica*, afim de apurar a autenticidade e, em seguida, a Constitucionalidade da lei, regulamento ou acto jurídico; (...)” Mais adiante, esclarece o autor, “No Brasil e nos países de regimen semelhante ao dos Estados Unidos é mais vasto o campo de acção da *Crítica*: além da autenticidade, deve tambem a *constitucionalidade* do dispositivo ser objeto de exame preliminar. Um preceito contrario ao estatuto supremo não necessita de exegese, porque não obriga a ninguém: é como se nunca tivesse existido.” (grifos no original) *Hermeneutica e Applicaçãõ do Direito*, Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1923 p. 10 e 49 (1ª edição). Na 17ª ed. de 1998, Rio de Janeiro: Forense, da mesma obra citada acima, recolhem-se ainda as duas passagens: a 1ª) “A adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: a) a *Crítica*, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico; (...)” p. 8; e, a 2ª) “No Brasil e nos países de regime semelhante ao dos Estados Unidos é mais vasto o campo de ação da crítica: além da autenticidade, deve também a *constitucionalidade* do dispositivo ser objeto de exame preliminar. Um preceito contrário ao estatuto supremo não necessita de exegese, porque não obriga a ninguém: é como se nunca tivesse existido.” P. 42 (grifos no original).

Nesse sentido Eusébio de Queiroz Lima: “É proprio da função do poder judiciario determinar o alcance e a exacta significação dos preceitos de lei em que se apoiam as questões submettidas á sua autoridade decisoria. Assim se diz que é o poder judiciario o legitimo interprete da legislação.” Depois, adiante, enfatiza, “Assim se diz que, no regimen politico que adoptamos, o *poder judiciario* é o *legitimo interprete da Constituição*.” E imediatamente em seguida diz quem está incluído no conceito de Poder Judiciário da época, “Nesse conceito estão comperhendidos todos os juizes, federaes ou locaes, visto que uns e outros se vêem, perante a Constituição e as leis, na mesma situação: num caso de conflicto entre a Constituição e uma lei, o juiz, que, ao proferir a decisão, é obrigado a acatar estrictamente a lei, põe em effeito o artigo constitucinal e nega valor á lei infringente(...)” (grifos no original) *Theoria do Estado*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930, p. 319 e 320.

³⁷ Conforme Eusebio de Queiroz Lima: “Com esse legitimo fundamento se diz que, em nosso regimen, o *Supremo Tribunal Federal* é o *summo interprete da Constituição*.” (grifos no original) *Theoria do Estado*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930, p. 320.

³⁸ Conforme João Barbalho: “Desde que se alega, perante o juiz, que a obrigação cujo cumprimento é pedido, não pôde prevalecer, porque a isto se oppõe uma disposição legal e esta é um artigo da Constituição ou de lei a ella conforme, — desde que o juiz, provocado por acção competente e sobre objecto de sua jurisdicção, tem de declarar o direito nesse caso controvertido, como admitir que elle julgue sem exame do ponto que constitue o objecto da controvèrdia? E si a parte contendora, pleiteando seo direito, pleiteia ao mesmo tempo a execução da constituição, porque motivo recusar-lhe a justiça devida, quando ella assim, além de fazer valer seo direito, concorre para tornar-se pratica, effectiva, real, a lei suprema do paiz?”

‘Cabe aqui o conhecido aserto de Bryce:’

‘«O intitulado poder de annullar as leis inconstitucionais é antes um dever que um poder, dever que incumbe não menos á suprema Côrte federal em Washington, do que ao mais humilde tribunal de qualquer Estado, desde que perante elle se agite pleito em que surja questão desse genero.»’ (grifos e destaques no original) *Comentários à Constituição Fede de 1891*, Brasília: Senado Federal, 1992, p. 226.

aplicar,³⁹ a compatibilidade ou incompatibilidade das normas⁴⁰ infraconstitucionais com a Constituição.⁴¹

³⁹ Para isso interessante passagem de Eusebio Queiroz Lima, já em 1930: “Dado o laconismo da letra da constituição e a infinita variedade dos casos concretos, a cujas necessidades o texto escripto é chamado a prover, ainda quando, como muitas vezes acontece, a nova ordem de injunções não tenha podido ocorrer á mentalidade da epoca e do meio em que a constituição se elaborou, a interpretação constitucional toma a cada passo o aspecto de verdadeira *construção*, quer no terreno do direito, quer no campo do empirismo politico.”

‘A construção interpretativa, quando se tem em vista o regimen de legalidade, dentro do qual, obrigatoriamente, a actividade do Estado se desenvolve, nada mais é do que a applicação dos principios de direito ao esclarecimento de qualquer lacuna ou ambiguidade da linguagem constitucional. Aqui, a interpretação constitucional é da mesma natureza que a explicação doutrinaria de qualquer outra disposição da escripta, e os principios doutrinarios de hermeneutica deverão ser postos em pratica (*Principios de Sociologia Juridica* § 160). Quer se tenha em vista a limitação juridica da actividade do Estado, quer a duvida verse sobre a extensão dos direitos individuais em face da Constituição, a significação legitima da letra constitucional é dada pelos principios da hermeneutica. O senso juridico de sua propria epoca e de seu proprio meio, esclarecido pela cultura e pela educação profissional, dá ao juiz, com toda a segurança, a precisa orientação, que lhe cumprirá obedecer.” (grifos no original) *Theoria do Estado*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930, p. 320 e 321.

⁴⁰ Convém observar que dois são os momentos no controle de constitucionalidade: o 1º) que é a *competência* ou o *poder de verificação* ou *exame*; e, o 2º) que é a *competência* ou *poder de apresentação* ou, ao contrário, de *rejeição* — caso considerada a norma inconstitucional. No Brasil, desde a implantação da República o juízo monocrático sempre teve os dois, já os órgãos colegiados, que num primeiro momento tinham estas duas (ou dois) como atribuições dos órgãos fracionários — Câmaras ou Turmas — passaram com a Constituição de 1934, de fazê-lo por quorum qualificado. Melhor dizendo, primeiro verifica-se ou examina-se se a norma é compatível ou não com a Constituição, em não sendo passa-se ao segundo momento, apresentar a questão a um órgão superior ou especial — ou ao mesmo tribunal mas com quorum qualificado — ou fazer a rejeição da norma tida como inconstitucional. No Brasil o Juízo de primeira instância ou o tribunal sempre teve os dois poderes: o de *exame* ou *verificação* e o de *rejeição* (dos tribunais exige-se, a partir de 1934, quorum qualificado: art. 179 da Constituição).

⁴¹ Conforme registra Carlos Maximiliano: “No Accordão n. 226, de 20 de Janeiro de 1897, que decidia um feito tendente a eliminar as restricções da amnistia aos officiaes rebeldes de 1893 a 1895, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal do Brasil:

‘Está firmado o principio que o Poder Judiciario tem competencia para *em especie* conhecer constitucionalmente das leis, excepto da que se origina das attribuições politicas confiadas pela Constituição ao órgão da soberania nacional, sendo entre outras, a este respeito, notavel a sentença proferida pela Côrte Suprema no litigio levantado por um dos Estados do Sul, que impugnou de inconstitucionaes as leis de reconstruções, votadas pelo Congresso, no periodo de 1866 a 1867, em o *Chief Justice* Chase assim se exprimiu:’

‘E’ verdade que a intervenção da Côrte é reclamada porque se pretende que as leis de que se cogita são inconstitucionais, mas não podemos comprehendere como esta circumstancia possa modificar o principio geral que veda ao Poder Judiciario intervir nas funcções politicas dos outros dous poderes’

‘Não se póde oppôr a esta doutrina, que, aliás, repousa na independencia dos órgãos da soberania nacional, os abusos que porventura se dariam no exercicio dos poderes politicos; porque, como muito bem observa Augusto Carlier, o remedio para essas eventualidades estará nas eleições do Congresso, em que o povo terá occasião de demonstrar a sua reprovação, mas nunca, o que seria um grande perigo, em autorizar aos magistrados, em assumpto que affecta directamente a nação, a substituir pelas suas impressões individuais o pensamento que actuou no animo do legislador na elaboração da lei.’

3 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934

A terceira Constituição brasileira — a segunda Constituição Republicana —, que seguiu-se a Constituição de 1891, data de 16 de julho de 1934. Os “Direitos Fundamentais”, expressamente previstos, estavam contidos no Título III, “Da Declaração de Direitos” Capítulo II “Dos Direitos e Das Garantias Individuais”, mais precisamente no art. 113, números 1) até 38).⁴² Manteve-se a dualidade de “justiças” — “Justiça Federal” e “Justiça Estadual” —, criou-se a “Justiça Eleitoral” e a “Justiça Militar”; manteve-se também a possibilidade de controle normativo judicial.

3.1 Do Poder Judiciário

A Constituição de 1934 foi estruturada em oito títulos — com 187 artigos —, mais as Disposições Transitórias — com 26 artigos —; o título primeiro foi dividido em capítulos e estes, com exceção do primeiro, em seções; os títulos terceiro e quinto só em capítulos; e, os títulos segundo, quarto, sexto e sétimo não receberam divisões; e, no título oitavo, sem divisão, estavam previstas as Disposições Gerais. O Poder Judiciário estava previsto, no Título I — Da Organização Federal — e Título II — para os Estados —, Capítulo IV, “Do Poder Judiciário” — com 25 artigos: 63-87 —, distribuídos em cinco seções. Na Secção I, “Disposições Preliminares” prescrevia o art. 63: “São órgãos do Poder Judiciário: a) a Côrte Suprema;

‘Se o Poder Judiciário, ultrapassando os limites da sua esfera, procedesse de modo contrário, a decisão que (598-599) proferisse, tomaria o aspecto agressivo de veto judiciário oposto á harmonia dos poderes, tão indispensavel á marcha regular das instituições democraticas.’ (obs. cita o autor, Carlos Maximiliano em pé de página, “FELISBELLO FREIRE - A Constituição da Republica dos Estados U. do Brasil interpretada pelo Supremo Tribunal, fasc. 1.º, paginas 241-43.” (grifos no original) Commentarios Constituição Brasileira, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro do Santos Editor, 1918, p. 599.

A afirmação que se fiz não é infirmada pelo que foi previsto com a Emenda Constitucional de 1926, prescrevia o art. 59, § 5.º: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigencia do estado de sitio, não poderão os tribunais conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo.” Neste caso o “legislador” não exclui o controle normativo, foi mais longe, exclui a própria possibilidade de apreciação destas questões pelo Poder Judiciário, mas somente nos casos ali indicados expressamente.

⁴² Prescrevia o art. 114: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclue outros, resultantes do regime e dos principios que ella adopta.”

b) os juizes e tribunais federaes; c) os juizes e tribunais militares; d) os juizes e tribunais eleitoraes.” Manteve-se a dualidade de “justiças”: a federal e estadual. A “Justiça Federal”, foi regulada na Secção III, “*Dos Juizes e Tribunais Federais*” arts. 78, 80 e 81⁴³ — A “Justiça Estadual” foi regulada em Título Próprio, o II, “*Da Justiça Dos Estados, Do Districto Federal e Dos Territorios*, arts. 104 e 105. A “Justiça Eleitoral” foi regulada na Secção IV, “*Da Justiça Eleitoral*” arts. 82 e 83.” A “Justiça Militar” foi regulada na secção V, “*Da Justiça Militar*” arts. 84 até 87.⁴⁴ No que diz respeito ao órgão de cúpula do então “Poder Judiciário”, na Secção II, “*Da Côrte Suprema*”, prescrevia o art. 73: “A Corte Suprema, com Séde na Capital da República e jurisdição em todo o territorio nacional, compõe-se de onze Ministros.(...)”; e, suas competências estavam prescritas no art. 76.

3.2 Do controle normativo judicial

Na segunda constituição republicana previu-se, novamente, a possibilidade de controle normativo pelos órgãos judiciais — continuando, assim, a

⁴³ A Constituição de 1934 criou ou “Tribunal Administrativo”, que poderia ter se revelado num “Contencioso Administrativo”. Prescrevia o art. 79: “É creado um Tribunal, cuja denominação e organização a lei estabelecerá, composto de juizes, nomeados pelo Presidente da República, na forma e com os requisitos determinados no art. 74, Parágrafo único: “Competirá a esse Tribunal, nos termos que a lei estabelecer, julgar privativa e definitivamente, salvo recurso voluntario para a Côrte Suprema na especies que envolvem materia constitucional:” § 1.º “os recursos de actos e decisões definitivas do Poder Executivo, e das sentenças dos juizes federaes nos litígios em que a União fôr parte, contanto que uns e outros digam respeito ao funcionamento de serviços publicos, ou se rejam, no todo ou em parte, pelo direito administrativo;” § 2.º “os litígios entre a União e os seus credores, derivados de contractos publicos.” Este Tribunal, entretanto, nunca foi implantado. Conforme Themistocles Brandão Cavalcanti: “a criação de tribunais puramente administrativos, em seus elementos, na sua composição, em seus processos de julgamento constitui solução nem sempre satisfatória, porque ou subtrai o conhecimento da controvérsia ao julgamento das instâncias judiciárias, ou cria uma instância intermediária, uma complicação desnecessária, que só acarreta a demora da solução definitiva dos litígios. Dentro deste espírito a Constituição de 1934, tentou a criação de um tribunal superior administrativo, mas a tentativa não poderia surtir efeito dada a complexidade do aparelho que se pretendia criar.” (...) “a solução, a meu ver, estaria no sistema americano, que permitiria resolver o problema sem quebra da nossa estrutura judiciarista, mas adaptando a organização dos nossos tribunais às exigências técnicas da justiça moderna.” Teoria do Estado, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 520. Ruy Cirne Lima, por sua vez anotava: “Urge a reforma completa do Direito Administrativo Brasileiro. nessa parte. Houve reformas já nalgumas matérias; é necessário que se generalizem, a fim de constituir-se definitivamente, à altura do processo jurídico do país, nosso processo administrativo.” Princípios de Direito Administrativo, Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964, p. 211.

⁴⁴ Diferente da Constituição de 1891, a de 1934 unifica a competência para legislar sobre processo, conforme art. 5.º: “Compete privativamente á União: (...) XIX, legislar sobre: a) direito penal, commercial, civil, aereo e processual; (...)”

ser atribuição concorrente entre o judiciário e os demais poderes; prescrevia o art. 10: “Compete concorrentemente á União e aos Estados: I, velar na guarda da Constituição e das leis; (...)”. Aos órgãos do Poder Judiciário,⁴⁵ em nível constitucional, possibilitava-se o controle normativo:⁴⁶

I) por previsão expressa:

- a) “Titulo III, Da Declaração de Direitos”, (...) Capítulo II, “Dos Direitos e das Garantias Individuaes” art. 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:⁴⁷ (...) n.º 23) “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém soffrer, ou se achar ameaçado de soffrer violencia ou

⁴⁵ Discussão doutrinária da época sobre o que eram questões políticas ou não e o que poderia ser justificável, gerou a inclusão do art. 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.” Sobre esta questão, doutrinária, já havia, Pedro Lessa esclarecido —citando doutrinadores americanos—, que distinguíam-se: “(...) entre os casos *puramente políticos, exclusivamente políticos, absolutamente políticos*, e casos jurídicos ou, antes, judiciais, cuja decisão é de consequências políticas que assumem uma feição judicial, um forma de pleito subordinado a normas jurídicas. Só as questões *meramente políticas*, isto é, as que não estão sujeitas a disposições legais, e consistem na apreciação das necessidades sociais e da utilidade da adopção de certas providencias, e da pratica de actos, que interessam á colectividade, questões entregues á discreção, ao poder arbitrario do Congresso e do Governo, escapam á jurisdição da Corte Suprema.” (grifos no original) Do Poder Judiciario, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 307 e 395.

⁴⁶ Conforme Pontes de Miranda: “A Constituição de 1934 não retirou ao Poder judiciário o *judicial control*. Conservou-o com exigências de maior meditação e persuasão: o art. 179 diz que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos sus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei e de acto do poder público.” (...)” A apreciação da constitucionalidade deve recair em todos e quaisquer actos. Assim da justiça, como dos outros órgãos do Estado, ainda aqueles que só exerçam função consultiva, pois a exigência forma da implica a imprescindibilidade constitucional do exame ou do parecer. Mas o *pactum dolens* está no *judicial control* dos actos do Poder Legislativo.” (grifos no original) Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934, tomo I, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936, p. 621.

Prescrevia o art. 91, IV: “Suspende a execução, no todo em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciario; (...)” Conforme Pontes de Miranda: “A Constituição de 1934, como a de 1891, não anuiu em que se anulasse a lei, em que se declarasse *in abstracto* a inconstitucionalidade, nem em que a resolução judicial atingisse a lei em sua existência fora do caso julgado. Todavia, concedeu ao Senado Federal, diante da declaração do Poder Judiciário, *suspende* a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento (art. 91, IV) e, não só *ex officio* como em geral, examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder executivo e *suspende* a execução das disposições ilegais (art. 91, II).” (grifos no original) Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934, tomo I, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936, p. 626.

⁴⁷ Conforme Pontes de Miranda: “Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com o art. 113 como em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1934; (...)” Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934, tomo II, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936, p. 65.

coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*.” (...) n.º 33) “Dar-e-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito publico interessada. O mandado não prejudica as acções petitorias competentes.” (...) n.º 38) “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos actos lesivos do patrimonio da União, dos Estados ou dos Municípios.” Com esta Constituição, além do *Habeas corpus* o “Mandado de Segurança”⁴⁸ e a “Ação Popular” foram criados como via processual à, diretamente, visar a proteção dos “Direitos Fundamentais” previstos no art. 113 da Constituição.⁴⁹

b) art. 81: “Aos juizes federaes compete processar e julgar, em pri-

⁴⁸ Conforme Pontes de Miranda: “Que os actos do Presidente e dos juizes da Côrte Suprema não escapam aos pedidos de mandado de segurança, quando se componham os pressupostos do art. 113, 33), di-lo o próprio art. 113, 33), quando põe em absoluto relêvo que o mandado de segurança se dá para a defesa de direito, certo e incontestável, que esteja ameaçado ou violado poe acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de *qualquer autoridade*.” (grifos no original) Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934, tomo I, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936, p. 722.

⁴⁹ Conforme Ruy Cirne Lima: “Entre «os remédios específicos contra os atos da administração pública», indica Temístocles Brandão Cavalcanti o «habeas corpus» e o mandado de segurança. Faremos nós lugar ao «habeas corpus», ao mandado de segurança e à ação popular, os três remédios diretamente enunciados pela Constituição Federal” logo em seguida continua “a par do «habeas corpus», e do mandado de segurança, merece destaque especial no elenco dos remédios judiciais específicos contra os atos da administração pública, a ação popular, criada pelo art. 113, n.º 38, da Constituição Federal de 1934, e restabelecida pelo artigo 141, § 38, da Constituição de 1946.” E adiante reforça, “Tem a ação popular como pressuposto, além da nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico de que se cuidar, a lesão à Fazenda Pública, compreendidos latamente, nesse conceito, além do patrimônio fiscal da União, dos Estados e dos Municípios, os das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (art. 141, § 38, Const. Fed.). Mas, a «causa petendi» há de ser procurada, como em relação ao «habeas-corpus» e ao mandado de segurança, na própria Constituição.” (destaques e grifos no original) Princípios de Direito Administrativo, Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 4.º ed. 1964, p. 214.

Ainda que fosse mais tarde, portanto não sob a égide da Constituição de 1967, escreveu Hely Lopes Meireles na sua primeira edição sobre Mandado de Segurança e Ação Popular: “Na ampla acepção administrativa *ato* é lei, o decreto, a resolução, a portaria e demais manifestações gerais ou especiais, abstratas ou concretas do Poder Público e dos entes funções públicas delegadas ou equiparadas. *Ato* lesivo, portanto, é tôda manifestação de vontade da Administração danosa aos bens e interesses da comunidade. Êsse dano pode ser potencial ou efetivo. Assim sendo, não é necessário que se aguarde a conversão do *ato administrativo* em *fato administrativo* lesivo para se intentar a ação.” (grifos no original) Mandado de Segurança e Ação Popular, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1º ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 36.

meira instancia: (...) b) os pleitos em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, directa e exclusivamente em dis-positivo da Constituição; (...).”⁵⁰

- c) em relação às decisões das “justiças dos estados”: art. 76: “Á Corte Suprema compete⁵¹” (...) III: em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instancia: (...)”⁵² b) quando se questionar sobre a vigência ou a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação á lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou acto dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válido o acto ou a lei impugnada;”.
- d) em relação às decisões dos “juizes e Tribunais Federais”: “Paragrapho único” do art. 78: “Caberá recurso para a Côrte Suprema, sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional e, ainda, nos casos de denegação de *habeas corpus*.”;
- e) em relação às decisões “Da Justiça Eleitoral”: § 1.º do art. 83: “As decisões do Tribunal Superior de Justiça Eleitoral são irrecorríveis, salvo as que pronunciarem a nulidade, ou invalidade, de acto ou de lei em face da Constituição Federal, e as que negarem *habeas corpus*. Nestes casos haverá recurso para a Côrte Suprema.”

II) sem previsão expressa: novamente, como se afirmou em relação a Constituição que precedeu esta, por todos os órgãos judiciais dos Estados,

⁵⁰ Conforme Pontes de Miranda: “Onde se pretende a inconstitucionalidade de acto ou lei e o julgamento do mérito será num sentido ou noutro, conforme seja ou não inconstitucional o acto ou lei, é porque a acção se baseia, se esteia, se funda em preceito da Constituição.” Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934, tomo I, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936, p. 704.

⁵¹ Note-se que a Constituição mudou o nome de “Supremo Tribunal Federal” para “Côrte Suprema”. Prescrevia o art. 73: “A Côrte Suprema, com séde na Capital da Republica e jurisdição em todo o territorio nacional, compõe-se de onze Ministros.”

⁵² Prescreviam as outras alíneas deste inciso: a) “quando a decisão fôr contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado”; e, d) “quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva de lei federal entre Córtes de Appellação de Estados diferentes, inclusive do Districto Federal ou dos territorios, ou entre um destes tribunais e a Côrte Suprema, ou outro tribunal federal;”. Interessante notar, que em relação a esta última alínea prescrevia o “paragrapho único” do art. 76: Nos casos do n. 2, III, letra d, o recurso poderá também ser interposto pelo presidente de qualquer dos tribunales ou pelo Ministerio Publico.”

conforme se depreende da possibilidade de revisão de seus julgados, prescritos nos artigos acima citados.⁵³

Conforme depreende-se da análise destes dispositivos estava previsto na Constituição de 1934 o controle normativo judicial: incidental, concreto e difuso. Este controle estava a cargo, sem exceção, de todos os órgãos jurisdicionais. O fato do Supremo Tribunal Federal, ter em última instância a obrigação de fazer o controle normativo, não retirava dos demais órgãos jurisdicionais a possibilidade, ou melhor, obrigação de fazê-lo. Todos os órgãos jurisdicionais podiam e deviam verificar, antes de aplicar, a compatibilidade ou incompatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição.⁵⁴

4 CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937

A quarta Constituição brasileira — a terceira Constituição Republicana —, que seguiu-se a Constituição de 1934, data de 10 de novembro de 1937. Os “Direitos Fundamentais”, expressamente previstos, estavam contidos no décimo sexto “Título” “Dos Direitos e Garantias Individu-

⁵³ Conforme Pontes de Miranda: “As Justiças locais julgam, portanto, como a Justiça federal, da inconstitucionalidade dos actos e das leis, assim municipais e estaduais como federais. Só não a julgam quando a inconstitucionalidade, desde o Comêço da demanda, isto é, desde a petição inicial, ou, para o réu, desde que veio a juízo, se veio na primeira oportunidade que teve, foi a questão a única. Se ela estava mesclada com outras questões, competente é a Justiça loca. Essa doutrina, que é a de 1891 e se reproduz no texto de 1934, constitui originalidade do Direito constitucional brasileiro, — aliás originalidade que se soma a outra, à de se permitir que as justiças locais julguem acções fundadas em leis federais.” *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934*, tomo I, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936, p. 705.

⁵⁴ Releva notar, conforme Pontes de Miranda: “Ao decidir que a lei é inconstitucional, o Poder judiciário, federal ou local, não fulmina a lei, não a torna nenhuma, não na anula, nem lhe declara a nulidade, como procederia qualquer juiz com um acto jurídico que lhe fôsse a exame e julgamento. Apenas desatende ao que a lei ordena, porque é inconstitucional o que ela ordena, ou não obedeceu a certas formalidades indispensáveis para que pudesse ordenar. Mediante esse raciocínio, rente ao factos da vida e adstritos à teoria da Constituição e dos poderes que adotamos em 1891, tomada aos norteamericanos, pode a lei ser posta de-lado sem que se empreste à Justiça qualquer supremacia em relação aos outros Poderes.” *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934*, tomo I, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936, p. 705.

No entanto vale relembrar o a competência do Senado Federal, art. 91, IV: “Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionaes pelo Poder Judiciario; (...).”

ais”, mais precisamente no art. 122, números 1- até 17 — alguns números foram subdivididos em alíneas.⁵⁵ Voltou-se a adotar a unidade da “justiça” — extinguiu a “Justiça Federal” —, extinguiu-se a “Justiça Eleitoral”, manteve-se a “Justiça Militar”; manteve-se também a possibilidade de controle normativo judicial.

4.1 Do Poder Judiciário

A Constituição de 1937 foi estruturada em vinte e dois *títulos* (embora a numeração e a denominação não conste do texto) — com 187 artigos — mais as disposições transitórias — com 26 artigos. O Poder Judiciário estava previsto no décimo primeiro até o décimo quarto *título* — com 24 artigos: 90-113. No décimo primeiro *Título* “Do Poder Judiciário” e logo após “*Disposições Preliminares*”, prescrevia art. 90: “São órgãos do Poder Judiciário: *a*) o Supremo Tribunal Federal; *b*) os juízes e tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; *c*) os juizes e tribunais militares”. Com a não inclusão da “Justiça Federal” entre os órgãos do Poder Judiciário voltou-se a adotar a unidade da “justiça”.⁵⁶ A “Justiça dos Estados” foi, parcialmente, regulada no décimo terceiro *Título*, “Da Justiça Dos Estados, Do Distrito Federal e Dos Territórios”, arts. 103 até 110. A “Justiça Militar” foi regulada no décimo quarto *Título*, “Da Justiça Militar”, arts. 111 até 113. No que diz respeito ao órgão de cúpula do então “Poder Judiciário”, no décimo segundo *Título* “Do Supremo Tribunal Federal” prescrevia o art. 97: “O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze ministros.(...)”; e, suas competências estavam prescritas no art. 101.

4.2 Do controle normativo judicial

Na terceira constituição republicana previu-se, novamente, a possibi-

⁵⁵ Prescrevia o art. 123: “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.”

⁵⁶ Art. 107: “Excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal, todas as demais serão da competência da justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios.”

lidade de controle normativo pelos órgãos judiciais. No entanto, o Supremo Tribunal Federal perdeu parte do *papel de instância suprema* em relação ao controle normativo.⁵⁷ Aos órgãos do Poder Judiciário,⁵⁸ em nível constitucional, possibilitava-se o controle normativo:⁵⁹

I) por previsão expressa:

a) no 17.º título “Dos Direitos e Garantias Individuais” prescrevia o art. 122: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) n.º 16 — “Dar-se-a

⁵⁷ Prescrevia o art. 96: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.”

‘Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de um lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do parlamento; se este a confirmar por dois terços dos votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.’

Conforme Pontes de Miranda: “O art. 96, § único, é uma das maiores inovações da Carta de 1937. A última palavra, em matéria de declaração da inconstitucionalidade das leis, passou a ser dada pelo Parlamento, e não pelo poder judiciário. Em parte, perdeu o Poder judiciário a supremacia, no interpretar a Constituição, que lhe havia dado a Constituição de 1891, por inspiração norteamericana, e lhe conservara a Constituição de 1934.” Em seguida afirma o autor: “... a lei declarada inconstitucional precisa ser feita pelo Parlamento, pois o art. 96, § único, fala em submetê-la *novamente*, ao exame do parlamento. Só se submete novamente a exame o que uma vez, pelo menos, já foi objecto dêle.’

‘Assim, os decreto-leis de que fala o art. 13 da Constituição, quando declarados inconstitucionais pelo Poder judiciário, não permitem a provocação do art. 96, § único. As regras jurídicas constantes de regulamentos complementares (art. 11) também não se consideram lei do Parlamento. As leis delegadas podem ser conferidas com as leis delegantes (art. 12), mas a declaração de excesso, por parte do Poder judiciário, não autoriza, de si só, a provocação do art. 96, § único. Se o Parlamento mesmo se pronunciar sobre o excesso e o Poder judiciário se manifestar sobre a lei que a-respeito fizer o Parlamento, então sim: o Presidente da República pode usar da faculdade do art. 96, § único. Os decreto-leis de que cogita o art. 14 não são actos do Parlamento, de modo que também escapam à provocação do art. 96, § único, as declarações de inconstitucionalidade que no tocante a eles se fizerem. *Aliter*, quanto aos do art. 180.” Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937, tomo III, Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, p. 57, 59 e 60.

Obs. A Lei constitucional n.º 18, de 11 de dezembro de 1945, revogou o parágrafo único do artigo 96.

Conforme comentários à Constituição que sucedeu à de 1937, informa Pontes de Miranda: “A Constituição de 1937 possuía o art. 96, parágrafo único, que, como quase tudo dela, não se executou.” Comentários à Constituição de 1946, vol. II, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, p. 185.

⁵⁸ Repetiu-se o art. 68 da Constituição de 1934, art. 94: “E’ vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

⁵⁹ Conforme Pontes de Miranda: “A Constituição de 1937, art. 96 (*aliter*, § único), manteve o exame *in concreto*, se bem que a legislação ordinária possa criar o exame *in abstracto*, sem ofensa dos textos constitucionais. Por outro lado, não conservou a solução de 1934, com a *suspensão* da execução da lei. A decisão do Parlamento não tem tal consequência. E é Pena.” (grifos no original) Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937, tomo III, Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, p. 38.

Releva notar que Pontes de Miranda defendia, em rápida passagem, como visto acima, a possibilidade da lei ordinária criar o *controle abstracto* de constitucionalidade.

*habeas-corpus*⁶⁰ sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”⁶¹

- b) em relação às decisões das “justiças dos estados”: art. 101: “Ao Supremo Tribunal Federal compete:⁶² (...)” III: “Julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local⁶³ julgar válida a lei ou impugnado; (...)”.⁶⁴
- c) em relação às decisões “Da Justiça Militar”, não houve previsão constitucional de revisão por parte do Supremo, a não ser conforme art. 101, II: “julgar” (...) b) “as decisões de última ou única instância denegatórias de “*habeas-corpus*.”⁶⁵

⁶⁰ Conforme Pontes de Miranda: “Não há possibilidade de se excluir a apreciação da constitucionalidade por ser de natureza especial, ou de demasiado celeridade, o processo. Assim, pode ser levantada a questão e deve ser decidida no processo de *habeas corpus* (Supremo Tribunal Federal, 27 de dezembro de 1919).” Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937, tomo III, Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, p. 52.

⁶¹ A Constituição de 1937 não incluiu entre os “Direitos Fundamentais” o “Mandado de Segurança” e a “Ação Popular”.

⁶² Prescrevia o art. 109: “Das sentenças proferidas pelos juízes de primeira instância nas causas em que a União fôr interessada como autora ou ré, assistente ou oponente, haverá recurso diretamente para o Supremo Tribunal Federal (...)”.

⁶³ Prescrevia o art. 96: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.” E seu parágrafo único prescrevia: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” Este parágrafo único foi revogado pela Lei Constitucional n.º 18 de 11 de dezembro de 1945.

⁶⁴ Prescreve o art. 101, parágrafo único: “Nos casos do n. II, n. 2 letra “b”, poderá o recurso também ser interposto pelo presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.”

⁶⁵ Quanto ao momento do exame de constitucionalidade, conforme Pontes de Miranda: “A questão da inconstitucionalidade das leis ou actos do Presidente da República pode ser levantada emquanto está *sub iudice* qualquer demanda, ainda que em grau de recurso *stricti iuris*, isto é, emquanto não se extinguiu a relação jurídica processual. Portanto, na instância do recurso de revista, ou dos embargos, ou qualquer outro recurso. No próprio julgamento dos prejudgados, se a matéria devolvida ao conhecimento do tribunal superior é ligada à lei ou ao acto sobre que se tem de manifestar em pronunciamento prévio. Se à matéria devolvida não é ligada a questão da inconstitucionalidade, baixando os autos, com o acórdão do prejudgado, o interessado na declaração de inconstitucionalidade requererá, na Câmara, ou turma, em que se suscitou o prejudgado, o *per saltum*, para que, no tribunal pleno, se decida. O *per saltum* para a apreciação da inconstitucionalidade é algo de semelhante ao prejudgado, sem o pressuposto da divergência das Câmaras, ou turmas.” (grifos no original) Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937, tomo III, Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, p. 54.

II) sem previsão expressa: novamente, como se afirmou em relação a Constituição que precedeu esta, por todos os órgãos judiciais dos Estados, conforme se depreende da possibilidade de revisão de seus julgados, prescritos nos artigos acima citados.⁶⁶

Conforme depreende-se da análise destes dispositivos estava previsto na Constituição de 1937 o controle normativo judicial: incidental, concreto e difuso. Este controle estava a cargo, sem exceção, de todos os órgãos jurisdicionais.⁶⁷ O fato do Supremo Tribunal Federal, ter — no âmbito judicial⁶⁸ — em última instância a obrigação de fazer o controle normativo, não retirava dos demais órgãos jurisdicionais a possibilidade, ou melhor, obrigação de fazê-lo. Todos os órgãos jurisdicionais podiam e deviam verificar, antes de aplicar, a compatibilidade ou incompatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição.⁶⁹

⁶⁶ Conforme Pontes de Miranda: “Ao juiz não é lícito abster-se de conhecer e decidir da defesa fundada na inconstitucionalidade da lei, ainda que seja, o da primeira instância (Tribunal de Justiça de S. Paulo, 3 de Junho de 1904, 8 de maio e 29 de março de 1905, 25 de junho de 1905).”

“É obrigado a declarar a inconstitucionalidade, ainda que não alegada (Tribunal da Relação da Baía, 7 de junho de 1918): tanto mais quanto sobreleva a quaisquer outras questões (Supremo Tribunal Federal, 12 de maio de 1915).” Adiante o próprio autor enfatiza: “O juiz não tem o arbítrio de deixar de-lado a questão constitucional ou ou questões constitucionais que as partes ou o Ministério Público levantarem. É missão sua. É dever seu. Éle-mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso. A Constituição é lei e não lhe é dado desconhecer as leis. Daí dever-se entender que, se aplicou textos da lei ordinária, ou do decreto, ou do regulamento, sem se manifestar sobre a sua inconstitucionalidade, os reputou *constitucionais*. É a afirmação *ipso facto*, que se entronca em aresto de Marshal, proferido em 1803, porque resulta, directamente do princípio de submissão de todos os Poderes à Constituição.” (grifos no original) Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937, tomo III, Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, p. 52 e 54.

⁶⁷ Prescrevia o art. 170: “Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os juizes e tribunais.”

⁶⁸ Refere-se “no âmbito judicial” por causa da autorização prevista para o Parlamento no art. 92, Parágrafo único.

⁶⁹ Releva notar, novamente, conforme Pontes de Miranda: “Apreciando o caso concreto e decidindo, a Justiça pronuncia-se sobre a constitucionalidade, ou legalidade, do acto dos outros ou de um dos outros Poderes, o executivo e o legislativo. Aí está a primeira regra sobre a competência do Poder Judiciário, pois-que se lhe não outorgou, na Constituição de 1937, apurar, *in abstracto*, a constitucionalidade ou legalidade dos actos do Poder executivo ou do Poder legislativo, ou ambos, nem lhes atribuiu declarar *nula*, inconstitucional, a lei ou o acto e ordenar que outros casos se não applicasse. (...) Tõda lei, todo acto que se há de executar em muitos casos, é, antes de executar-se, *ordem*. O Poder judiciário não anula, não declara nula a ordem; mas impede que incida nos factos, nos casos.” (grifos no original) Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937, tomo III, Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, p. 38 e 39.

5 CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946

A quinta Constituição brasileira — a quarta Constituição Republicana —, que seguiu-se a Constituição de 1937, data de 18 de setembro de 1946. Os “Direitos Fundamentais”, expressamente previstos, estavam contidos no Título IV, “Da Declaração de Direitos”, Capítulo II “Dos Direitos e Das Garantias Individuais”, mais precisamente no art. 141, §§ 1º até 38⁷⁰. Manteve-se a unidade da “justiça”, mas criou-se o Tribunal Federal de Recursos, para rejulgar as decisões “Justiças dos Estados” em que havia interesse da União⁷¹ — a dualidade de justiças foi restabelecida com o Ato Institucional n.º 2 de 1965 —, reintroduziu a “Justiça Eleitoral”, manteve a “Justiça Militar”, criou a “Justiça do Trabalho” e manteve-se também a possibilidade de controle normativo judicial.

5.1 Do Poder Judiciário

A Constituição de 1946 foi estruturada em nove títulos — com 222 artigos —, mais as Disposições Transitórias — com 36 artigos —; o título primeiro foi dividido em capítulos e estes, com exceção do primeiro, em seções; os títulos quarto e sexto só em capítulos; e, os títulos segundo, terceiro, quinto, sétimo, e oitavo não receberam divisões; e, no título nono, sem divisão, estavam previstas as Disposições Gerais. O Poder Judiciário estava previsto no Título I — Da Organização Federal — e Título II — para os Estados —, Capítulo IV, “Do Poder Judiciário” — com 29 artigos: 94-123 —, distribuídos em seis seções. Na Seção I, “Disposições Preliminares” prescrevia o art. 94: “O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunal Federal de

⁷⁰ Prescrevia o art. 144: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

⁷¹ Prescrevia o art. 103: “O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, compor-se-á de nove juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99: “Além das competências originárias, prescrevia o art. 104, II: “julgar em grau de recurso: a) as causas decididas em primeira instância, quando a União fôr interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência; ou quando se tratar de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e a da Justiça Militar; b) as decisões de juízes locais, denegatórias de *habeas corpus*, e as proferidas em mandados de segurança, se federal a autoridade apontada como coatora; (...).”

Recursos; III - Juízes e tribunais militares; IV - Juízes e tribunais eleitorais; V - Juízes e tribunais do trabalho.” Novamente, com a não inclusão da “Justiça Federal” entre os órgãos do Poder Judiciário continuou-se adotar a unidade da “justiça” em primeira instância e a dualidade na fase recursal⁷² — A “Justiça Estadual” foi regulada em Título Próprio, o II, “Da Justiça Dos Estados” art 124 — no entanto, com a criação do “Tribunal Federal de Recursos” a não-dualidade ficou bastante reduzida com as competências tanto originárias quanto recursais deste órgão, principalmente nas questões ditas “federais” conforme art. 104. O novo “Tribunal Recursal” foi regulado na Seção III, “Do Tribunal Federal de Recursos” art. 103 até 105. A “Justiça Militar” foi regulada na Seção IV, “Dos Juízes e Tribunais Militares” art. 106 até 108. A “Justiça Eleitoral” foi regulada na seção V, “Dos Juízes e Tribunais Eleitorais”, arts. 109 até 121. A “Justiça do Trabalho” foi regulada na Seção VI, “Dos Juízes e Tribunais do Trabalho”, arts. 122 e 123. No que diz respeito ao órgão de cúpula do então “Poder Judiciário”, na Seção II, “Supremo Tribunal Federal”, prescrevia o art. 78: “O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e Jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze ministros.⁷³ (...)”; e, suas competências estavam prescritas no art. 101.

5.2 Do controle normativo judicial

Na quarta constituição republicana previu-se, novamente, a possibilidade de controle normativo pelos órgãos judiciais. Aos órgãos do Poder

⁷² Conforme Themistocles Brandão Cavalcanti: “Desde a Constituição de 1937, modificou-se o sistema, estabeleceu-se a unidade de justiça em primeira instância pela supressão da Justiça Federal, e dualidade em segunda instância, (...)”. Teoria do Estado, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 503.

O Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, introduziu novamente a “Justiça Federal” em primeira instância. Isto foi feito através da nova redação do art. 105, que ficou assim redigido: “Os juízes federais serão nomeados pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos indicados na forma da lei pelo Supremo Tribunal Federal.” § 1.º “Cada Estado ou Território e bem assim o Distrito Federal constituirão de per si uma seção judicial, que terá por sede a capital respectiva.” § 2.º A lei fixará o número de juízes de cada seção bem como regulará o provimento dos cargos de juízes substitutos serventuários e funcionários da justiça.” § 3.º “Aos juízes federais compete processar e julgar em primeira instância:” a) “as causas em que a União ou entidade autárquica federal fôr interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência e acidentes de trabalho;” b) as causas entre Estados estrangeiros e pessoa domiciliada no Brasil;” e mais outras causas arroladas nas alíneas c) até i) deste parágrafo.

⁷³ O Art. 6.º do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, deu a este artigo a seguinte redação: art. 98: “O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis ministros.” Parágrafo único. “O Tribunal funcionará em plenário e dividido em três turmas de cinco ministros cada uma.”

Judiciário, em nível constitucional, possibilitava-se o controle normativo:

I) por previsão expressa:⁷⁴

- a) “Título IV, (...) Capítulo II, “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, art. 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4.º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.⁷⁵ (...)” § 23 “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.” (...) § 24. “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.” (...) § 38. “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”, incluiu-se, novamente, a “Ação Popular”.
- b) em relação às decisões dos outros tribunais e juizes criou-se regra geral para todos⁷⁶: art. 101: “Ao Supremo Tribunal Federal

⁷⁴ Prescrevia o art. 111: “Sòmente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.”

⁷⁵ Interessante exceção casuística foi prevista no “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, prescrevia o art. 31: “É insuscetível de apreciação judicial a incorporação ao Patrimônio da União dos bens dados em penhor pelos beneficiários do financiamento das safras algodoeiras, desde a de 1942 até as de 1945 e 1946.” O Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964, prescrevia no seu art. 7.º: “Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. (...) § 3.º “O Controle jurisdicional dêsses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como a conveniência ou oportunidade.”

⁷⁶ Para o Tribunal Superior do Trabalho a Emenda Constitucional de 26 de novembro de 1965, conferiu regra semelhante a existente para a “Justiça Eleitoral”; o § 1.º do art. 122 da Constituição passou a ter a seguinte redação: “As decisões do Tribunal Superior do Trabalho, com sede na Capital da República, são irrecorríveis, salvo se contrariarem a Constituição, quando caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.”

Compete:⁷⁷ (...)” III: “julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última por outros tribunais ou juízes: a) quando a decisão fôr contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sôbre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de govêrno local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei o ato; (...)” No entanto, em relação à “Justiça Eleitoral”, prescrevia o art. 120: “São irrecuráveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário a esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.”⁷⁸

II) sem previsão expressa: novamente, como se afirmou em relação a Constituição que precedeu esta, por todos os órgãos judiciais dos Estados, conforme se depreende da possibilidade de revisão de seus julgados, prescritos nos artigos acima citados.

Conforme depreende-se da análise destes dispositivos estava previsto na Constituição de 1946 o controle normativo judicial: incidental, concreto e difuso. Este controle estava a cargo, sem exceção, de todos os órgãos jurisdicionais. O fato do Supremo Tribunal Federal, ter em última instância a obrigação de fazer o controle normativo, não retirava dos de-

⁷⁷ Conforme Themistocles Brandão Cavalcanti: “Na organização Constitucional do regime tem o Supremo Tribunal Federal função peculiar. Sendo órgão de jurisdição comum, em certos casos, em outros exerce uma função eminentemente no mecanismo do sistema Constitucional, figurando como arbitro na solução das controvérsias que afetam a vida Constitucional”. A Constituição Federal Comentada, volume II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1948. p. 314.

Com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, o art. 101, I, k) passou a ter a seguinte redação: “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.” Pela mesma Emenda, foi incluído o parágrafo 1.º “Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento: (...)” b) das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas;(;)”. O inciso I, alínea k, criou no direito brasileiro o controle normativo abstrato de constitucionalidade. Criou esta mesma oportunidade para os Estados membros, incluindo, através desta Emenda, o inciso XIII, ao artigo 124, assim redigida: “a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.”

⁷⁸ A Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, deu ao art. 120 a seguinte redação: “São irrecuráveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem a Constituição Federal, as denegatórias de *habeas corpus* e as proferidas em mandado de segurança, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.”

mais órgãos jurisdicionais a possibilidade, ou melhor, obrigação de fazê-lo. Todos os órgãos jurisdicionais podiam e deviam verificar, antes de aplicar, a compatibilidade ou incompatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição.⁷⁹

6 CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967

A sexta Constituição brasileira — a quinta Constituição Republicana —, que seguiu-se a Constituição de 1946, data de 24 de janeiro de 1967. Os “Direitos Fundamentais”, expressamente previstos, estavam contidos no Título III, “Da Declaração de Direitos”, Capítulo IV, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, mais precisamente no art. 150, §§, 1º até 35⁸⁰. Manteve-se a dualidade de “justiças” — “Justiça Federal” e “Justiça Estadual” — (que fora introduzida com o Ato Institucional n.º 2 de 1965), manteve-se a “Justiça Militar”, a “Justiça Eleitoral”, a “Justiça do Trabalho” e manteve-se também a possibilidade de controle normativo judicial.

6.1 Do Poder Judiciário

A Constituição de 1967 foi estruturada em cinco títulos — com 189 artigos —; o título primeiro foi dividido em oito capítulos, dos quais os três últimos foram subdivididos em seções; o título dois foi dividido so-

⁷⁹ Conforme Lúcio Bittencourt a função de controle de constitucionalidade não é privativa do Supremo Tribunal Federal, “Ela é consecutória da função jurisdicional e, por consequência, cabe a quem quer que legitimamente exerça esta última. Todos os Tribunais e juízes, federais ou locais, ordinários ou especiais, dela dispõem, embora a última palavra sobre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República.” E adiante (em passagem já citada acima) “Os juízes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso. Cabe ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito — explica BARBALHO — “mas o ato contrário à Constituição não ‘é lei, e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a lei ‘suprema.’” (grifos no original) O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 35 e 113.

⁸⁰ Prescrevia o art. 151: “Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos parágrafos 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa.

‘Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do artigo 34, § 3.º.’

mente em capítulos; os títulos três e quatro não receberam divisão; e, no título quinto, sem divisão, estavam previstas as Disposições Gerais e Transitórias. O Poder Judiciário estava previsto no Título I — Da Organização Nacional —, Capítulo VIII, “Do Poder Judiciário” — com 33 artigos: 107-139 —, distribuídos em nove seções. Na Seção I, “Disposições Preliminares” prescrevia o art. 107: “O Poder Judiciário da União é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunais Federais de Recursos e juízes federais; III - Tribunais e juízes militares; IV - Tribunais e juízes eleitorais; V - Tribunais e juízes do trabalho.” Manteve-se a dualidade de “justiças”: a federal e estadual. A “Justiça Federal”, foi regulada na Seção III, “Dos Tribunais Federais de Recursos” arts. 116 e 117, e Seção IV, “Dos Juízes Federais” arts. 118 e 119 — A “Justiça Estadual” foi regulada na Seção VIII, “Da Justiça dos Estados”. A “Justiça Militar” foi regulada na Seção V, “Dos Tribunais e Juízes” arts. 120 e 122. A “Justiça Eleitoral” foi regulada na seção VI, “Dos Tribunais e Juízes Eleitorais”, arts. 123 até 132. A “Justiça do Trabalho” foi regulada na Seção VII, “Dos Juízes e Tribunais do Trabalho”, arts. 133 até 153. No que diz respeito ao órgão de cúpula do então “Poder Judiciário”, na Seção II, “Supremo Tribunal Federal”, prescrevia o art. 113: “O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de dezesseis Ministros.⁸¹ (...)”; e, suas competências estavam prescritas no art. 114.

6.2 Do controle normativo judicial

Na quinta constituição republicana previu-se, novamente, a possibilidade de controle normativo pelos órgãos judiciais. Aos órgãos do Poder Judiciário, em nível constitucional, possibilitava-se o controle normativo:

I) por previsão expressa:

- a) “Título II, “Da Declaração de Direitos” (...) Capítulo IV, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, art. 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à

⁸¹ O Ato Institucional n.º 6, de 1.º de fevereiro de 1969, deu a este artigo a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze (11) Ministros. (...)”.

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)", § 4.º "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. (...)" § 20. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*." § 21. "Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder." (...) § 31. "Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas."

- b) em relação às decisões dos outros tribunais e juizes, repetiu-se, a regra geral para todos: art. 114: "Ao Supremo Tribunal Federal Compete:⁸² (...)" III : "julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes, quando a decisão recorrida:⁸³ a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal; c) julgar válida lei ou ato de govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; (...)." No entanto, em relação à "Justiça Eleitoral", prescrevia o art. 132: "São irrecuráveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição, as denegatórias de *habeas*

⁸² Prescrevia o art. 114: "Compete ao Supremo Tribunal Federal:" "I – processar e julgar originariamente:" (...) l) "a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; (...)". Este dispositivo mantém o controle abstrato de constitucionalidade, criado com a Emenda Constitucional n.º 16 de novembro de 1965.

Prescrevia o art. 115: "O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas." Parágrafo único. "O Regimento interno estabelecerá:" a) "a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, n.º I, letras a, b, c, d, i, j, l, que são privativos;" b) a composição e a competência das turmas;" c) "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; (...)". Este dispositivo atribuiu ao próprio Tribunal competência para legislar sobre matéria processual.

Prescrevia o art. 111: "Sõmente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público."

⁸³ O Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, deu ao inciso III do art. 114, a seguinte redação: "Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:" a) contrariar dispositivo desta constituição ou negar vigência a Tratado ou Lei federal;" b) declarar a inconstitucionalidade de Tratado ou Lei Federal;" c) julgar válida Lei ou Ato do Govêrno local, contestado em face da Constituição ou de Lei Federal; (...)" observa- que, retirou-se da redação do inciso o termo "juizes"; sendo recorríveis apenas às decisões dos Tribunais.

corpus e mandado de segurança, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.”. Para a “Justiça do Trabalho” prescreveu-se, semelhantemente: art. 135: “As decisões do Tribunal Superior do Trabalho são irrecorríveis, salvo se contrariarem esta Constituição, caso em que caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.”

II) sem previsão expressa: novamente, como se afirmou em relação a Constituição que precedeu esta, por todos os órgãos judiciais dos Estados, conforme se depreende da possibilidade de revisão de seus julgados, prescritos nos artigos acima citados.

Conforme depreende-se da análise destes dispositivos estava previsto na Constituição de 1967 o controle normativo judicial: incidental, concreto e difuso. Este controle estava a cargo, sem exceção, de todos os órgãos jurisdicionais. O fato do Supremo Tribunal Federal, ter em última instância a obrigação de fazer o controle normativo, não retirava dos demais órgãos jurisdicionais a possibilidade, ou melhor, obrigação de fazê-lo. Todos os órgãos jurisdicionais podiam e deviam verificar, antes de aplicar, a compatibilidade ou incompatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição.

7 EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1 DE 1969

A Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, praticamente criou uma nova Constituição, que seguiu-se ou “reformou” a Constituição de 1967, data de 17 de outubro de 1969. Os “Direitos Fundamentais”, expressamente previstos, estavam contidos no Título II, “Da Declaração de Direitos”, Capítulo IV, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, mais precisamente no art. 153, §§, 1º até 36⁸⁴. Manteve-se a dualidade de “justiças” — “Justiça Federal” e “Justiça Estadual” —, manteve-se a “Justiça Militar”, a “Justiça Eleitoral”, a “Justiça do Trabalho” — Com a Emenda Constitu-

⁸⁴ Prescrevia o art. 154: “O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

‘Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.’

cional n. 7 de 1977, criou-se o Conselho Nacional da Magistratura — e manteve-se também a possibilidade de controle normativo judicial.

7.1 Do Poder Judiciário

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 foi estruturada em cinco títulos — com 217 artigos —; o título primeiro foi dividido em oito capítulos, dos quais os três últimos foram subdivididos em seções; o título dois foi dividido somente em capítulos; os títulos três e quatro não receberam divisão; e, no título quinto, sem divisão, estavam previstas as Disposições Gerais e Transitórias. O Poder Judiciário estava previsto no Título I — Da Organização Nacional —, Capítulo VIII, “Do Poder Judiciário” — com 33 artigos: 112 -144 —, distribuídos em oito seções.⁸⁵ Na Seção I, “Disposições Preliminares” prescrevia o art. 112:⁸⁶ “O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunais Federais de Recursos e juízes federais; III - Tribunais e juízes militares; IV - Tribunais e juízes eleitorais; V - Tribunais e juízes do trabalho; VI - Tribunais e juízes estaduais.” Manteve-se a dualidade de “justiças”: a federal e estadual. A “Justiça Federal”, foi regulada na Seção III, “Dos Tribunais Federais de Recursos” arts. 121 e 122, e na Seção IV, “Dos Juízes Federais” arts. 123 e 126 — A “Justiça Estadual” foi regulada na Seção VIII, “Dos Tribunais e Juízes Estaduais” art. 144. A “Justiça Militar” foi regulada na Seção V, “Dos Tribunais e Juízes Militares” arts. 127 e 129. A “Justiça Eleitoral” foi regulada na seção VI, “Dos Tribunais e Juízes Eleitorais”, arts. 130 até 140. A “Justiça do Trabalho” foi regulada na Seção VII, “Dos Tribunais e juizes do Trabalho”, arts. 141 até 143. No

⁸⁵ Com a Emenda Constitucional n.º 7 de 13 de abril de 1977, foi introduzida mais uma seção para o “Conselho Nacional de Magistratura”.

⁸⁶ Com a Emenda Constitucional n.º 7 de 13 de abril de 1977, este artigo ficou com a seguinte redação: o art. 112: “O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Conselho Nacional da Magistratura; III - Tribunal Federal de Recursos e juízes federais; IV - Tribunais e juízes militares; V - Tribunais e juízes eleitorais; VI - Tribunais e juízes do trabalho; VII - Tribunais e juízes estaduais.” A novidade, “Do Conselho Nacional da Magistratura” foi regulada na Seção III, art. 120: “O Conselho Nacional da Magistratura, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, e por este escolhidos.” § 1.º “Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.” § 2.º “Junto ao Conselho funcionará o Procurador-Geral da República.”

que diz respeito ao órgão de cúpula do então “Poder Judiciário”, na Seção II, “Supremo Tribunal Federal”, prescrevia o art. 118: “O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. (...); e, suas competências estavam prescritas no art. 119.

7.2 Do controle normativo judicial

Na Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, previu-se, novamente, a possibilidade de controle normativo pelos órgãos judiciais. Aos órgãos do Poder Judiciário, em nível constitucional, possibilitava-se o controle normativo:

I) por previsão expressa:

- a) “Título II, “Da Declaração de Direitos” (...) Capítulo IV, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, art. 153: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”, § 4.º “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.⁸⁷ (...)” § 20. “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*.” § 21. “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.” (...) § 31. “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.”
- b) em relação às decisões dos outros tribunais e juizes, repetiu-se, a regra geral para todos: art. 119: “Compete ao Supremo Tribunal

⁸⁷ Com a Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, a redação do art. 153, § 4.º passou a ter a seguinte redação: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

Federal:⁸⁸ (...)” III: “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;” b) “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal;” c) “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou (...).” No entanto, em relação à “Justiça Eleitoral”, prescrevia o art. 139: “São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus*, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.” Para a “Justiça do Trabalho” prescreveu-se, semelhantemente: art. 143: “As decisões do Tribunal Superior do Trabalho são irrecorríveis, salvo se contrariarem esta Constituição, caso em que caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.”⁸⁹

II) sem previsão expressa: novamente, como se afirmou em relação a

⁸⁸ Prescrevia o art. 119: “Compete ao Supremo Tribunal Federal:” “I – processar e julgar originariamente:” (...) l) “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; (...).” Este dispositivo mantém o controle abstrato de constitucionalidade, criado com a Emenda Constitucional n.º 16 de novembro de 1965. Com a Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, a alínea l) voltou a ter a seguinte redação: “a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; (...).”

Prescrevia o art. 119, parágrafo único: “As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no Regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário. “ Este dispositivo cria a “arguição de relevância”. Por outro lado, prescrevia o art. 120: “O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas,” e seu parágrafo único: “O Regimento interno estabelecerá:” a) a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas a, b, c, d, i, j e l do item I do artigo 119, que lhe são privativos;” b) a composição e a competência das turmas;” c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; e (...)” com a Emenda Constitucional n.º 7, de 13, de abril de 1977, o parágrafo único do artigo 119 foi transformado em parágrafo 1.º e o artigo 120 em parágrafo segundo do deste artigo. O parágrafo único do artigo 120, por sua vez, foi transformado em parágrafo 3.º do artigo 119, como segue: art. 119, § 1.º: “As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.”; art. 119, § 2.º: “O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas.”; e, art. 119, § 3.º: “O Regimento interno estabelecerá:” a) “a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas a, b, c, d, i, j, l, e o do item I deste artigo, que lhe são privativos;” b) “a composição e a competência das turmas;” c) “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recursal e da arguição de relevância da questão federal; (...).”

⁸⁹ Com a Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, a redação deste artigo ficou assim: art. 143: “Das decisões do Tribunal Superior do Trabalho somente caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal quando contrariarem esta Constituição.”

Constituição que precedeu esta Emenda Constitucional, por todos os órgãos judiciais dos Estados, conforme se depreende da possibilidade de revisão de seus julgados, prescritos nos artigos acima citados.

Conforme depreende-se da análise destes dispositivos estava previsto na Emenda Constitucional de 1969 o controle normativo judicial: incidental, concreto e difuso. Este controle estava a cargo, sem exceção, de todos os órgãos jurisdicionais. O fato do Supremo Tribunal Federal, ter em última instância a obrigação de fazer o controle normativo, não retirava dos demais órgãos jurisdicionais a possibilidade, ou melhor, obrigação de fazê-lo. Todos os órgãos jurisdicionais podiam e deviam verificar, antes de aplicar, a compatibilidade ou incompatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição.

CONCLUSÃO

Na Constituição Imperial de 1824 não havia previsão de controle normativo judicial. Este foi previsto pela primeira vez na Constituição republicana de 1891. Desde a Constituição de 1891 até a de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, o controle judicial incidental concreto e difuso sempre este previsto - excepcionavam-se sim, matérias não controláveis em uma ou outra, mas o controle judicial nunca foi abolido.

O *habeas corpus* foi a primeira Ação Constitucional, prevista pela primeira vez na Constituição de 1891, repetido em todas as demais Constituições, inclusive na Emenda Constitucional de 1969, que serviu como meio de controle normativo judicial de constitucionalidade e assim de proteção de alguns “Direitos Fundamentais”; seguindo-se para a proteção de outros, o Mandado de Segurança e a Ação Popular, criadas com a Constituição de 1934 — estas duas últimas Ações Constitucionais não estavam previstas na Constituição de 1937, (nesta, também, o Supremo Tribunal Federal perdeu parte da *supremacia de controle normativo*).

Pode-se concluir com a lição de Lúcio Bittencourt — dando aqui acepção mais ampla que o autor deu á época, pois referia-se especificamente à Constituição de 1946 — que a função de controlar a constitucionalidade no Direito brasileiro, desde a Constituição Republicana de 1891, passando pelas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, sempre foi “... consecratória da função jurisdici-

onal e, por conseqüência, cabe (cabia) a quem quer que legítimamente exerça (exercia) esta última. Todos os Tribunais e juizes, federais ou locais, ordinários ou especiais, dela dispõem (dispunham), embora a última palavra sôbre o assunto possa (podia), em qualquer caso, ser deferida (deferido) ao mais alto tribunal da República.” E em páginas adiante, “Os juizes e tribunais, ao decidir uma causa, podem (podiam), e devem (deviam) *ex officio*, indendentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso. Cabe (cabia) ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito — explica BARBALHO — “mas o ato contrário à Constituição não “é lei, e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a lei ‘suprema””⁹⁰ — eis a integralidade do parágrafo, escrito por João Barbalho em 1902, a que alude Lúcio Bittencourt: “Fica entendido que, mesmo não sendo a inconstitucionalidade allegada por nenhuma das partes, o juiz ou tribunal tem o poder de pronuncial-a. (cit. lei n. 221). Cabe-lhe applicar a lei ao caso sujeito, mas o acto contrario á Constituição não é lei, e a justiça não lhe deve da efficacia e valor contra a lei suprema.”⁹¹

Parece, assim, que não restarem dúvidas que o controle normativo judicial: incidental, concreto e difuso sempre esteve previsto nas constituições republicanas que antecederam a atual Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. Discurso Proferido no Supremo Tribunal Federal. A 23 de abril de 1892, na sustentação do “Habeas-corpus” de 18 do mesmo mez. In, Ruy Barbosa, *Novos discursos e conferencias*, colligidos e revistos por Homero Pires, São Paulo: Livraria Ademica e Saraiva & Cia, 1933.

João BARBALHO: *Comentários à Constituição Fede de 1891* (publicação original, Rio Janeiro: Companhia Litho, 1902), Brasília: Senado Federal, 1992

BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1949.

⁹⁰ Obs., foi necessário colocar os verbos entre parênteses no tempo pretérito em razão da função que aqui pretendeu-se dar a passagem citada. Conforme Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 35 e 113.

⁹¹ *Comentários à Constituição Federal de 1891*, Brasília: Senado Federal, 1992, p. 225.

- BRANDÃO CAVACANTI, Themistocles. *Teoria do Estado*, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.
- A Constituição Federal Comentada, Vol. IV, Rio de Janeiro: JOSE KONFINO – Editor, 1949
- A Constituição Federal Comentada, volume II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1948.
- CAMPANHOLE Adriano e Hilton Lobo CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*, São Paulo: Atlas, 9^o edição, 1986.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 4.^o ed. 1964.
- HECK, Luiz Afonso. “O Controle Normativo no Direito Constitucional Brasileiro” *Revista do Tribunais*, n^o 800, junho de 2002
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios Constituição Brasileira*” Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro do Santos Editor, 1918.
- *Hermeneutica e Aplicação do Direito*, Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1923.
- *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 17^a ed. de 1998,
- MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1^o ed. Revista dos Tribunais, 1967.
- PIMENTA BUENO, José Antônio (então Marquês de São Vicente): *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal (publicado originalmente em 1857), 1978.
- PONTES DE MIRANDA. *História e Prática do Habeas- Corpus*, 2.^o edição. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.
- *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934*, tomo I, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936
- *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934*, tomo II, Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1936.
- *Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937*, tomo III, Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938.

Comentários à Constituição de 1946, vol. II, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.

QUEIROZ LIMA, Eusébio. *de Theoria do Estado*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Do Poder Moderador*, Brasília: Senado Federal, 1978.