

Ardo Comiti Juricional II

220 1



BIBLIOTECA CIRCULANTE
BRAZ ARRUDA

LARGO SÃO FRANCISCO, 95
TELEFONE 35-9740

Da cooperação do leitor depende o êxito do serviço de empréstimo. A devolução pontual e a perfeita conservação do material emprestado constituem a melhor colaboração que o leitor pode prestar.

CTC
ANO 1º FLS 42
BOM ESTUDO

FN

C. A. LÚCIO BITTENCOURT

O CONTRÔLE JURISDICCIONAL
DA
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

DEDALUS - Acervo - FD



20400005469

Cia. de Edições e Imprensa
Editorial P. 1933

22383

FORENSE
RIO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA JURÍDICA

tende estudar uma tese tratada pelo Mestre, é difícil, quicé impossível, encontrar alguma faceta que tenha sido desprezada. Ele extraiu dos temas todo o metal precioso, todo o veio luzido e brilhante, toda a matéria bela e útil, para deixar ao alcance dos contemporâneos e dos pósteros, apenas, a ganga bruta e áspera.

O leitor, generoso e tolerante, compreenderá, por certo, essa dificuldade em fazer obra original e, com um pouco de boa vontade poderá, mesmo, ver alguma coisa de útil neste livro, que, pelo menos, lhe poupará o trabalho de consultar diretamente muitas obras, servindo-lhe de índice ou roteiro na procura dos textos fundamentais.

Se ao menos esta finalidade for atingida, se ao menos como digesto, ou como simples índice, este livro puder servir aos juristas da minha terra, dar-me-ei por feliz e não me direi o trabalho perdido e as horas roubadas à advocacia, essa espósa tirânica e ciumenta, que nos afaga e nos tortura e que, disposta do fascínio da Medusa, se assemelha à Hidra de Lerna na multiplicação de responsabilidades e exigências.

O AUTOR

ORIGEM DO CONTROLE JURISDICCIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Constituições rígidas e O controle jurisdiccional da validade das leis em face da Constituição

flexíveis

uma ser apontado como decorrência necessária dos sistemas de Constituição rígida.¹ Essa afirmação, porém, não encontra eco na realidade, porque em vários países, particularmente na Europa continental, que possuem Constituições classificadas como pertencentes àquele grupo, não se reconhece ao Poder Judiciário tal faculdade.²

¹ Vêde CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, pág. 580; OSVALDO ARANHA BANDeira DE MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, 1934, cap. VIII, págs. 75 e seqs.

² Em verdade, além do controle pelo Poder Judiciário, vários métodos ou "meios de guarda" existem no direito dos povos para cobrir a legislação inconstitucional (cf. JOSEPH EHRHÉLÉMY et PAUL DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1933, pág. 203; PIERRES DE MIRANDA, *Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. IV, pág. 6). Uma Constituição escrita rígida ou formal, não tem, como consuetário inelutável, aquilo sistema, podendo, perfeitamente, preferir qualquer dos outros. Assim, por exemplo, antes da primeira guerra mundial, as Constituições escritas, classificadas como rígidas, em vigor em quase todos os países da Europa continental — inclusive na França — não outorgavam ao Poder Judiciário a faculdade de examinar a constitucionalidade dos atos do Parlamento (Vêde FREDERIC AUSTIN OGG, *European Government and Politics*, 1939, 2ª ed., pág. 434; MARNOO E SOUSA, *Constituição Política da República Portuguesa*, 1913, pág. 582; cf. *Constituição de Portugal*, de 29 de abril de 1826, e Ato Adicional de 5 de julho de 1852 (a Constituição de 21 de agosto de 1911 alterou o sistema, admitindo o controle jurisdiccional, art. 63); *Constituição da Espanha*, de 30 de junho de 1876; *Estatuto Fundamental da Itália*, de 4 de março de 1848; *Constituição Federal da Suíça*, de 29 de maio de 1874; *Lei Constitucional da Áustria*, de 21 de dezembro de 1867; *Constituição do Grão-Ducado de Baden*, de 22 de agosto de 1816; *Constituição de Württemberg*, de 25 de setembro de 1819; *Constituição de Saxe*, de 4 de setembro de 1831; *Constituição da Prússia*, de 31 de janeiro de 1850; *Constituição do Império Alemão*, de 16 de abril

Alfás, essa distinção entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis ou plásticas, que foi cunhada por JAMES BRUCE,³ bem como a outra, paralela, entre Constituições escritas ou formais e não escritas ou costumeiras,⁴ revelou-se totalmente desvirtuada de valor técnico ou científico, porque, a rigor, nenhuma Constituição participa exclusivamente de uma dessas categorias e, além disso, bastas vezes, a classificação teórica não corresponde à realidade prática. Assim o

de 1871; Constituição de Luxemburgo, de 17 de outubro de 1868; Constituição da Bélgica, de 7 de fevereiro de 1931; Constituição da França, de 3 de setembro de 1791, tit. II, cap. V, art. 3: "Les tribunaux ne peuvent s'imiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois".

Entre nós, Alfás, já o assunto foi amplamente ventilado pelo gênio de Rui Barbosa, que, incisivamente, escreveu: "A verificação da constitucionalidade das leis pelos tribunais de justiça não é de substância das Constituições escritas. Provam-no, com uma execução apenas, e esta assaz limitada, todas as Constituições do outro continente, desde a França até ao Japão, e algumas do nosso" (O Direito da Amazonia do Acre Setentrional, 1910, vol. I, pág. 90; consulte-se, ainda, embora de modo menos explícito, Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos por HOWARD FRAS, 1932, vol. I, pág. 391). Definitiva a respeito é a lição de DICEY: "The general answer to our inquiry (which of course can have no application to a country like England ruled by a sovereign Parliament) is that two methods may have been adopted by the makers of constitutions with a view to rendering unconstitutional legislation, either impossible, or inoperative. Reliance may be placed upon the force of public opinion and upon the ingenious balancing of political powers for restraining the legislature from passing unconstitutional enactments. This system opposes unconstitutional legislation by means of moral sanctions, which resolve themselves into the influence of public sentiment. Authority, again, may be given to some person or body of persons, and preferably to the Courts, to adjudicate upon the constitutionality of legislative acts, and treat them as void if they are inconsistent with the letter or the spirit of the constitution. This system attempts not so much to prevent unconstitutional legislation as to render it harmless through the intervention of the tribunals, and rests at bottom on the authority of the judges. This general account of the two methods by which it may be attempted to secure the rigidity of a constitution is hardly intelligible without further illustration" (A. V. DICEY, Introduction to the study of the Law of the Constitution, 1897, 5.ª ed., pág. 123).

³ JAMES BRUCE, *The American Commonwealth*, 1895, 3.ª ed., I, pág. 305.

⁴ Consulte-se, sobre o assunto, AGUIRIBALDO COSTA PEREIRA, *Da Constituição Escrita*, 1945, cap. I.

demonstra Mc BAIN,⁵ evidenciando que as Constituições escritas, em geral instrumentos breves e concisos, exigem em vários pontos farta suplementação⁶ e, de outra parte, uma Constituição teoricamente flexível, como a inglesa, é, na realidade histórica, não flexível, visto que, baseando-se em costumes seculares, rara e lentamente se altera.⁷

Classificação de Freund. Daí o acerto de FREUND,⁸ quando, penetroando mais a fundo no assunto, classifica os sistemas constitucionais em

três tipos:

1) tipo inglês, caracterizado pela ausência de uma Constituição escrita;

2) tipo continental, onde existe uma Constituição escrita, cuja observância não pode constituir objeto de apreciação pelo Poder Judiciário;

⁵ Mc BAIN, Alfás, considerava a questão como simples matéria de erudição acadêmica — *matter of schoolboy erudition* — mas o seu estudo é dos mais sérios e acurados. Diz ele: "no constitution in the form in which it functions is wholly written; for most of these documents are relatively brief and require supplementation in important particulars" (Howard Lee Mc BAIN, *vb.* "Constitutions", in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, 1937, vol. IV, pág. 259).

⁶ Assim, por exemplo, no que tange à Constituição dos Estados Unidos da América, lembra WILLIAM BENNETT MURRO que o instrumento escrito que a representa não inclui toda a Constituição. É apenas uma base, ou um ponto de partida. Formando pirâmide sobre as suas 10 ou 12 páginas impressas, existe uma superestrutura constitucional de enorme dimensões, que bem poderia ser denominada "constituição não escrita", formada de leis federais e estaduais, arrestos dos tribunais, usos e precedentes que talvez atinjam a mais de um milhão de páginas. Os arquitetos de 1787 construíam apenas os alicerces (WILLIAM BENNETT MURRO, *The Government of the United States*, 3.ª ed., págs. 69 e 70).

⁷ "In legal theory — diz Mc BAIN — the British Parliament may at a stroke alter the British constitution in any respect that it chooses... "But such things do not happen. In the realism of history the British constitution is not flexible. It changes very slowly... "Indeed, despite the potentialities for change that exist under unwritten constitution it is probably true to say that they tend toward rigidity rather than flexibility. Nor is this surprising, for they rest upon customs and customs commonly wax and wane but slowly" (cit. *vb.* "Constitutions").

⁸ ERNST FREUND, *vb.* "Constitutional Law", in cit. *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. IV, pág. 247.

3) tipo americano, onde o respeito a uma Constituição escrita é garantido pelo controle jurisdiccional dos atos do Congresso.

Essa classificação se inspirou, provavelmente, naquela observação de Dicey sobre o triplice sentido do vocábulo "inconstitucional": *não tem conteúdo*, no sistema inglês; traduz uma *censura*, no regime francês; significa *multado* para o americano.⁹

A doutrina americana A idéia de se atribuir às Côrtes de Justiça, efetivamente, sua primeira manifestação histórica na prática constitucional dos Estados Unidos da América, foi consagrada pela jurisprudência da Côrte Suprema, na ausên-

⁹ Cf. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Appendix, nota VII, pag. 449: "The expression 'unconstitutional' has, as applied to a law, at least three different meanings varying according to the nature of the constitution with reference to which it is used: — (1.) The expression, as applied to an English Act of Parliament, means simply that the Act in question, as, for instance, the Irish Church Act, 1869, is, in the opinion of the speaker opposed to the spirit of the English constitution; it cannot mean that the Act is either a breach of law or is void. (2.) The expression, as applied to a law passed by the French Parliament, means that the law, e. g. extending the length of the President's tenure of office, is opposed to the articles of the constitution. The expression does not necessarily mean that the law in question is void, for it is by no means certain that any French Court will refuse to enforce a law because it is unconstitutional. The word would probably, though not of necessity, be, when employed by a Frenchman, a term of censure. (3.) The expression, as applied to an Act of Congress, means simply that the Act is one beyond the power of Congress, and is therefore void. The word does not in this case necessarily import any censure whatever. An American might, without any misapprehension, say that an Act of Congress was a good law, that is, a law calculated in his opinion to benefit the country, but that unfortunately it was 'unconstitutional', that is to say, ultra vires and void."

¹⁰ Em contrário, véde OSVALDO ARAÚJO, BARREIRA DE MELLO, cit. tanto, que os arts. 24 e 28 do *Instrument of Government* aboam o livre jurista reproduz, carece de procedência, como o demonstraremos a pags. 20-21.

¹¹ Esse fato constitui, sem dúvida, uma ilustração da tese, já sustentada por nós, de que a interpretação da lei faz parte do processo legislativo, pois o que, afinal, prevalece não é o que está escrito.

cia de preceito expresso na Constituição, tendo sido enunciada, em caráter definitivo, no famoso caso *Marbury v. Madison*,¹² onde o verdadeiro arquiteto do direito constitucional americano — o juiz MARSHALL — a expôs implacavelmente, imprimindo-lhe a marca do seu gênio.

Sigam-lo no próprio raciocínio:

"Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir."

"Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, não de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbem defini-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a Hebe em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acôrdio com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial."

"Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Des-

to no preceito, mas a interpretação que lhe é dada (C. A. *Infro* *Supremacy*, "A Interpretação como Parte Integrante do Processo Legislativo", in *Revista do Serviço Público* dezembro de 1942, pag. 121). frase: "We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is" (CHARLES EVANS HUGHES, *Addresses and Papers*, 2.ª ed., 1916, págs. 185 e 186).

¹² 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

parte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, não de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina alhura os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislação praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz.¹³

Dificuldades iniciais

Langada essa doutrina, cuja lógica os juristas americanos, em sua maioria, consideram inatingida pela crítica,¹⁴ as circunstâncias especiais do caso¹⁵ levaram o Poder Executivo a acatar o julgamento, ficando, por isso mesmo, definitivamente firmada a orientação.

Todavia, pelo menos três vezes, até meados do século em que foi enunciada, estêve a doutrina a pique de perder sua eficácia.

¹³ A primorosa tradução é de Rui Barbosa, cit., col. de HOWEN PERS, vol. IV, págs. 129 e 130.

¹⁴ "The reasoning of Chief Justice MARSHALL's opinion has never been answered" (CHARLES EVANS HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, 1936, pag. 87).

¹⁵ MARSHALL, "que entendia tanto de política quanto de leis", escolheu, para lançar sua tese, um caso em que JEFFERSON, então Presidente da República, tinha grande interesse partidário e no qual a decisão foi inteiramente favorável ao Poder Executivo. A sua estratégia foi, realmente, "magistral", como a classifcou RUBEN JACKSON, que assim discorre sobre o assunto: "The strategy of giving the Jeffersonians a victory by invoking a doctrine of which they were the bitter opponents was mastery. Marshall knew his politics as well as his law. The Jeffersonians could not well arouse the people against the doctrine by which they had won their case, and he had fired it in a most sheltered position. Had he declared the doctrine in a case where the decision went against Mr. Jefferson, there is little doubt that the President would have defied the Court and at that time the people would probably have sustained him."

Da primeira vez, foi o próprio MARSHALL — político sagaz e astuto — que procurou negociá-la em troca de maiores prerrogativas para a função judicial, gravemente ameaçada em face do *impeachment* intentado contra o Justice SAMUEL CHASE, cujo partidarismo insopitável provocara grande reação. MARSHALL, sentindo indiretamente ameaçada toda facção federalista da Corte, pela rapidez com que o processo era levado para adiante, pleiteou a criação de um tribunal dentro do próprio Congresso, fora e acima das Cortes regulares, abdicando, assim, da doutrina da supremacia do Judiciário.¹⁶ Todavia, tendo sido o *impeachment* rejeitado, por penúria maior, calou-se MARSHALL, e sua doutrina permanece íntegra.

Da segunda vez, coube a ANDREW JACKSON pôr em dúvida a doutrina em apêço, vetando o ato de reorganização do Banco dos Estados Unidos, cuja constitucionalidade fôra sustentada por MARSHALL e seus pares.¹⁷ O fundamento do veto foi, precisamente, a inconstitucionalidade da criação daquele banco, salientando então o Presidente da República que as decisões da Corte Suprema tinham caráter opinativo, valendo somente pelo seu raciocínio, sem dispor de força compulsória: "A opinião dos juizes — disse JACKSON — não tem maior autoridade sobre o Congresso do que este possui sobre aqueles e, nesse particular, o Presidente é independente de ambos. Não se pode, por consequência, permitir à Corte

But Jefferson could not defy a decision in his favor; he could make no issue over a legal theory. Judicial supremacy in constitutional interpretation was so snugly anchored in a Jeffersonian victory that it could not well be attacked. Meanwhile, the Jeffersonians look to be the law, and it became a part of the tradition of the Court and of our constitutional habit of thought" (ROBERT H. JACKSON, *The Struggle for Judicial Supremacy*, New York, 1941, pag. 27).

¹⁶ Disse, então, MARSHALL: "I think the modern doctrine of *impeachment* should yield to an appellate jurisdiction in the legitimate character of a removal of those legal opinions deemed unsound by the majority of this Court" (ALBERT J. BERNARD, *Life of Marshall*, 1916-1919, vol. III, pag. 177).

¹⁷ A constitucionalidade do Banco dos Estados Unidos foi reconhecida pela decisão proferida no caso *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat, 316 (1819), decisão essa famosa pela doutrina dos "poderes implícitos" nela sustentada.

te Suprema exercer autoridade sobre o Congresso ou o Executivo quando estes agem em sua capacidade legislativa, limitando-se os juizes à influencia que o seu raciocinio possa merecer".¹⁸

A opposição de Lincoln

Pela terceira vez, foi TANNEY, como *Chief Justice*, quem sentiu e suportou a, repulsa do Executivo, a cuja frente se encontrava a figura im- par de LINCOLN, o grande democrata, que sempre se manifes- tou encarnigado inimigo da supremacia do Judiciario. Refe- rindo-se à decisão da Corte Suprema que, julgando inconsti- tucional o chamado "Missouri Compromise", negou a eman- cipação do escravo Dred Scott, LINCOLN, pondo de parte a se- renidade que o caracterizou em sua vida pública, afirmou que recusava obediência a essa decisão, como regra politica: "*all that I am doing is refusing to obey it as a political rule*". E, mais tarde, ao prestar ao *Chief Justice* TANNEY o juramento relativo ao segundo periodo de governo, atacou de frente o assunto, negando à Corte Suprema os poderes que a esta se attribuiam: "O cãndido cidadão deve confessar que, se a po- litica do Governo, em questões vitais que afetam o povo in- dica a Corte Suprema, convertendo-se tais questões em litígios ordinários entre partes, o povo terá deixado de ser o seu pró- prio senhor, abdicando praticamente do exercicio do gover- no em favor daquele eminentemente tribunal."¹⁹

¹⁸ "The opinion of the judges has no more authority over Con- gress than the opinion of the Congress has over the judges, and on that point the President is independent of both. The authority of the Supreme Court must not, therefore, be permitted to control the acts, but to have only such influence as the force of their reason- ing may deserve" (JAMES D. RICHARDSON, Messages and Papers of the Presidents, Washington, 1896, vol. II, pág. 582).

¹⁹ "... the candid citizen must confess that if the policy of the government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made, the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal" (cf. JAMES D. RICHARDSON, Messages and Papers of the Presidents, vol. IV, págs. 9 e 10).

Menos por palavras do que por atos, LINCOLN recusou obediência à Corte Suprema, suspendendo durante a Guerra de Secessão o direito de *habeas corpus*, suspensão essa que manteve, a despeito da decisão em contrario profereida por TANNEY.

Vencidas, porém, essas três crises e persistindo a Corte Suprema no seu ponto de vista, consolidou-se a doutrina de MARSHALL, prevalecendo, até hoje, a orientação traçada no caso *Marbury v. Madison*, que encontrou agasalho no texto expresso de Constituições que outros povos erigindo-se em po- tênciao fundamental do regime democrático do tipo ame- ricano.

Crítica à doutrina

Deixando de lado a critica que se faz a MARSHALL por ter intervirido na de- pessão de um caso no qual era parte e em que tinha interesse pessoal direito,²⁰ vale analisar as objeções que se apresentam propriamente à sua doutrina e cujo interesse, embora mera- mente de caráter historico, não precisa ser encarado.

A maior critica feita, costumalmente, à decisão de MAR- SHALL, consiste em considerá-la uma "*usurpação de poder*". Constituição se encontra expressamente outorgada ao Poder Judiciário a faculdade de declarar a insubsistencia dos atos do Congresso.

Ao contrario, não havendo no sistema de freios e con- trapeços nenhum órgão superior aos demais, essa faculdade

²⁰ MARSHALL, que, além de *Chief Justice*, era *Secretary of State* do Presidente ADAMS, colaborou diretamente com este no seu "tes- tamento", auxiliando-o no preparo do grande número de nomeações feitas no ultimo dia do seu governo. MARSHALL, porém, substituido por MADISON, não teve tempo de fazer chegar às mãos de todos os interessados os atos de comissionamento ou nomeação, razão por que foram os mesmos suscitados por ordem de JEFFERSON. Entre os pre- judicados, figurava MARBURY, nomeado juiz de paz, que impetrou um *writ of mandamus* para compellir MADISON a empossá-lo. MARSHALL não só tomou parte no julgamento, mas, também, liderou a opinião de seus pares. "Today — diz ROBERT JACKSON — it would involve an ethical standard which would forbid MARSHALL to sit in a case form- ded on acts and omissions to which he had been a party."

"usurpada pela Corte Suprema," atribuiu-lhe um papel preponderante, colocando o Poder Judiciário em situação de supremacia e deixando suas decisões, em matéria de tão vital importância, inteiramente livres de qualquer controle ou restrição por parte dos demais poderes.

No que tange à "usurpação", ainda recentemente sustentada, com grande brilho, pelo *Attorney General* do Presidente ROOSEVELT, ROBERT H. JACKSON, atual membro da Corte Suprema,²¹ não há dúvida que o assunto é muito discutível, admitindo opiniões favoráveis e contrárias.

Em verdade, a Constituição não enuncia o princípio em nenhum de seus preceitos. O que ela prescreve é que "o Poder Judicial se estenderá a todos os casos... que surgirem sob esta Constituição" e que "a Constituição" e as leis dos Estados Unidos feitas em obediência a ela... constituirão a suprema lei do país".²² Muitos juristas acreditam que a inferência é manifesta e que, pelas palavras da Constituição, é irreversível a competência do Judiciário para apreciar a conformidade dos atos do Congresso com a suprema lei do país; outros entendem que, na melhor das hipóteses, essa deferência não é tão clara quanto se afirma e permite que sobre ela se mantenha razoável dúvida.

Na realidade, o poder não foi conferido explicitamente e tem que ser, quando muito, deduzido da conjugação de mais de um artigo da Carta Constitucional. Assim — diz JACKSON, com muita propriedade — "em um instrumento que estabeleceu um governo de poderes cuidadosamente limitados, o Poder final e incontrolado — *the most final and uncontrolled of powers* — atribuído ao órgão de menor responsabi-

²¹ ROBERT H. JACKSON, *The Struggle for Judicial Supremacy*, 1941.

²² "The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States and Treaties made, or which shall be made, under their Authority"...

"Constituição dos Estados Unidos da América, art. III, seção 2).
"This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the Supreme Law of the Land, (art. VI).

dade perante o povo ou seus representantes, não encontra uma só palavra que o estabeleça, defina ou regule".²³

Elemento histórico

O elemento histórico nenhuma luz traz sobre a controversia, porque a Convenção jamais entrou a tese, nunca a discutiu, nem teve ensejo de votá-la. É certo que, durante os debates, nem uma coisa se disse a respeito da inconveniência de se atribuir aos juizes o poder de tornar ineficazes as leis, merecendo citação a observação de JOHN DICKINSON, no sentido que os juizes de Aragão²⁴ começaram por deixar de lado as leis e acabaram por fazê-las — "*the judges of Aragon began by setting aside laws and ended by making them*".²⁵ Mas, na verdade, esses debates em nada esclarecem o pensamento dos convencionais,²⁶ muito embora toda a presunção se oriente

²³ "It is probable that many, and it is certain that some, members of the Constitutional Convention appreciated that these provisions would spell out a power in the Supreme Court to pass on the constitutionality of federal legislation. But it was the least debated of any of the important implications of the instrument. Nor was this significant probability stressed, though it was mentioned, in the debates before the people and before ratifying in state conventions. Most lawyers have believed that the implication is clear; others, that it is at the very best ambiguous. But certain it is that any explicit grant of this power was omitted and that it was left to lurk in an unlimited power, the most final and uncontrolled of powers, vested in a body of least responsibility to the people or their representatives, has no written word to grant, define, or check it. Perhaps no formid could have been agreed upon. Perhaps it was the part of wisdom to leave so controversial a subject to settlement by events" (ROBERT H. JACKSON, cit. *The Struggle for Judicial Supremacy*, pág. 4).

²⁴ Os torais da Justiça de Aragão apresentavam alguma semelhança com a moderna ideia do controle jurisdiccional, pois entre suas funções estava a de declarar se as cartas do Rei ou officios reais, impugnados sob alegação de vício de contra-fôro, deviam ou não ser cumpridas. MÉRINO BRRO esclarece, todavia, que essa atividade funcional da justiça se aproximava mais do caráter de "poder moderador" de Aragão (cf. ELOY C. MÉRINO BRRO, *El Recurso de Inconstitucionalidad y su Jurisprudencia*, 1938, pág. 24, nota 1).

²⁵ Ver WILLIAM BENVENISTE MURRO, ob. cit., pág. 79.
²⁶ CHARLES BEARD, que levou a efeito um profundo trabalho de pesquisa, afirma que a maioria dos vultos mais eminentes da Convenção era favorável ao controle jurisdiccional dos atos do Congresso (*The Supreme Court and the Constitution*, 1912). Mas, essa observação, aliás muito bem apresentada, não altera o fato de jamais ter

no sentido da conclusão a que chegou NEUMANN, ao afirmar que, se, efetivamente, os *founding fathers* quisessem atribuir supremacia a um dos três poderes, essa havia de caber necessariamente ao Congresso e não à Corte Suprema. — *Wenn die "founding fathers" einer der drei Gewalten das Übergewicht hätten geben wollen, so wäre dies wahrscheinlich der Kongress und nicht der Oberst Gerichtshof gewesen.* 27

Não se diga, por outro lado, que o assunto era pacífico ao tempo da elaboração do Estatuto americano, sob o pretexto de que a concepção do Judiciário, como guarda da Constituição, foi haurida no sistema inglês, onde os juizes "resolutamente viraram-se contra a extensão das prerrogativas reais, recusando-se a aplicar decretos do rei quando contrários, mo seu julgamento, à lei da terra (*law of the land*), isto é à Constituição". 28 Essa afirmação de BLACK não tem qualquer pertinência com o assunto porque, nos casos por ele citados, 29 decididos pela Justiça inglesa, estavam em jogo, apenas, atos do rei, decretos ou ordens reais e não atos expedidos pelo Parlamento. Também não cabe a invocação de EVANS 30 sobre os poderes do *Privy Council* inglês para julgar inválidos os atos das legislaturas das colônias. Essas hipó-

sido o assunto objeto de discussão ou resolução por parte dos convencionaes.

27 ROBERT G. NEUMANN, "Die Verfassungsentwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika 1839-1946", in *Oesterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, setembro de 1946, pág. 197: "Diese Entwicklung wurde von den Begründern des amerikanischen Staates, den sogenannten, "founding fathers", in keiner Weise vorausgesehen oder gewollt. Im Gegenteil. Unter dem Einfluss der Lehre Montesquieus war eine strenge Gewaltenteilung in die Verfassung eingeführt worden, bei der die Exekutive, die Legislative und das Gerichtswesen in ihren jeweiligen Sphären die höchste Macht besitzen sollten, welche nur durch die Verfassung selbst beschränkt werden könnten. Wenn die "founding fathers" einer der drei Gewalten das Übergewicht hätten geben wollen, so wäre dies wahrscheinlich der Kongress und nicht der Oberste Gerichtshof gewesen".

28 Ver HENRY GAMBERELI BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, 1897, pág. 75.

29 *In re Caundish*, 1 And. 152; *Darcy v. Allen* (Case of Monopolies), Moore, 671; *Case of Ship-Money*, 3 How. St. Tr. 825; *Case of Proclamations*, 12 Coke, 74; *Thomas v. Sorrell*, Vaughan, 330; *Bates Case*, 2 How. St. Tr. 371.

30 LAWRENCE B. EVANS, *Cases on American Constitutional Law*, 1938, 4.ª ed., pág. 24.

teses nada têm de comum com o controle pelo Judiciário dos atos expedidos pelo Congresso ou pelo Parlamento, colocados no mesmo nível de governo.

A história mostra que, neste particular, a intransigência inglesa era absoluta, bastando recordar que EDWARD COKE, pela sua ousadia em sustentar que a lei interpretada pelos tribunais era superior ao Rei e ao Parlamento, opoendo-se às pretensões expansionistas de Jaime I, foi, afinal, desfechado do cargo.

A verdade, por consequência, é que o assunto não constituía tese central que polarizasse a atenção dos elaboradores da Constituição americana, não tendo sido, por isso mesmo, objeto de cogitação por parte dos convencionaes.

O raciocínio de MARSHALL é, porém, não há negar, muito bem deduzido, permitindo-lhe chegar à conclusão a que chegou. Talvez, em face do desejo dos *founding fathers*, tenha havido uma "usurpação", mas o certo é que algum dos poderes teria que fazê-la, pois aquele que pudesse dizer a última palavra sobre qualquer assunto seria então o poder supremo. Se os atos do Congresso devessem prevalecer contra a Constituição, neste caso o Poder Legislativo teria, sem dúvida, a supremacia dentre os poderes.

Doutrina antidemocrática

Argui-se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, emquanto em relação ao Congresso, de eleição a eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário, a estabilidade dos juizes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular.

31 Sobre a vida do grande jurista inglês, cuja carreira como juiz tempo, consultem-se: THEODORE PUNCNETT, in *Encyclopedia of the Social Sciences*, Vb. "Coke, Edward"; C. W. JOHNSON, *The Life of Sir Edward Coke*, 2 vols., Londres, 1937; L. B. BONDIN, "Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Supremacy", in *New York University Law Review*, 1928-1929, pág. 223.

Filosofia democrática americana

A essa objeção, responde, com muita propriedade, NEUMANN, lembrando que o que caracteriza a democracia americana não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis, mas, sim, o respeito a certos direitos fundamentais e imutáveis da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário, justificando-se, por essa forma, a supremacia deste.³²

E, dêste modo, o Poder Judiciário, "congentilmente o mais fraco de todos",³³ "sem o contrío da bôlsa ou da espada", erguem-se às culminâncias de poder supremo, cuja influência, no dizer de MILLER, repousa, apenas, sobre o anseio público pela existência de tribunais a que todos possam recorrer para defesa e proteção dos direitos assegurados pela Carta Constitucional e sobre a confiança na lisura de suas decisões e na pureza dos seus motivos.³⁴

Evolução da doutrina americana

Firmada em *Marbury v. Madison* a possibilidade de decidir o Judiciário sobre a eficácia das leis em face da Constituição, ficou, todavia, bem-elato-que-essa-faculdade-só-poderia-ser-exercida-por-via-de-exceção, quando de um litígio submetido ao seu julga-

³² Cit. ROBERT G. NEUMANN, "Die Verfassungsentwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika 1939-1946", in *Oesterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, setembro de 1946.

³³ A expressão é de HAMMURON, no *Federalist*: "The Judiciary has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take force on will but merely judgement... It proves uncontestedly, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power" (*The Federalist*, n.º LXXVIII, ed. da Tudor Publishing Co., New York, 1937, pág. 99).

³⁴ Acórdão da Corte Suprema, prolatado pelo Justice MILLER, no caso *U. S. v. Lee* (106 U. S. 196, 223): "The judicial department is inherently the weakest of them all. With no patronage and no control of the purse or the sword, their power and influence rest solely upon the public sense of the necessity for existence of a tribunal to which all may appeal for the protection of rights guaranteed by the Constitution and by the laws of the land, and on the confidence reposed in the soundness of their decisions and the purity of their motives".

mento, não podendo resultar em um "poder geral de veto sobre a legislação do Congresso".³⁵

Limitadas as funções do Judiciário à decisão de "casos" e "controvérsias", não seria possível reconhecer-lhe o poder de emitir opinião sobre qualquer assunto³⁶ ou declarar, em tese, inoperante por inconstitucionalidade qualquer ato do Congresso. Ainda em 1911, êsse ponto de vista continuava em pleno vigor, como faz certo o passo adiante da opinião expressa pelo Justice DAY, no caso *Muskrat v. United States*: "O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delimitado do seu litígio, é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitu-

³⁵ "There is no general veto power in the Supreme Court upon the legislation of Congress. The right to declare an act of Congress unconstitutional can only be exercised when a proper case between opposing parties is submitted for judicial determination. The authority to invalidate an act of Congress springs not from a general veto power, but from the requirement that the Court, in administering the law and pronouncing judgment between the parties in the case, must enforce the Constitution as the supreme law of the land. Were the Court to express an official opinion upon the constitutional validity of an act of Congress before an actual case or controversy were presented, it would be usurping a function placed elsewhere, and thus encroaching upon execution and legislative prerogatives" (*The Renne Service, Library of Congress, sob a supervisão de WILLIAM C. GIBERT*, Washington, D. C., 1938, pág. 104).

³⁶ Logo no início do regime constitucional o Presidente Washington solicitou a opinião da Corte Suprema a respeito de várias questões relativas à interpretação de um tratado celebrado com a França, tendo aquele Tribunal respondido ao Presidente que considerava improprio, em face da Constituição, manifestar sua opinião sobre assuntos que não decorressem de algum caso *sub judice* — it considered it improper to declare opinions on questions not growing out of a case before it (ver CHARLES EVANS HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, 1936, pág. 30).

cional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial da validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controversia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição desta Corte, segundo a lei suprema dos Estados Unidos".³⁷

Demandas fictícias

Em consequência dessa orientação, vieram-se forçados os advogados americanos a se manifestar sobre a constitucionalidade de alguma lei, sendo comum o recurso à chamada "*demandada do acionista*", em virtude da qual um acionista inicia um processo com o falso objetivo de impedir que os representantes legais e funcionários da empresa de que faz parte obedeam às prescrições de uma lei que elle considera, simultaneamente, inconstitucional e lesiva aos interesses da companhia. Esta ação simulada é — com muita propriedade — comparada por GEORGE JAFFIN³⁸ "às mais delicadas ficções por intermédio das quais se desenvolveu a ação de *ejectement* para se obter uma prova real do título de propriedade, numa ação entre arrendatários de cada um dos litigantes, queixando-se o autor fictício de turbação de sua posse pelo réu fictício: *John Doe v. Richard Doe, Mr. Good Right v. Mr. Bad Right*".³⁹

Cria-se, por essa forma, um "caso" ou "controvérsia" para cuja decisão os tribunais se vêem obrigados a se pronunciar sobre a validade ou insubsistência da lei impugnada.

Ação declaratória

Mais tarde, porém, manifestou-se tendência muito nítida no sentido de permitir o uso da ação declaratória para o reconhecimento da inconstitucionalidade, accentuando-se esse fato a partir da

³⁷ *Muskrat v. United States*, 219, U. S. 361.

³⁸ GEORGE H. JAFFIN, "Evolução do Contrôlo Jurisdiccional da Constitucionalidade das Leis nos Estados Unidos", tradução de L. C. DE MIRANDA LIMA, in *Revista Forense*, vol. 86, pág. 280.

³⁹ Veja-se a candente crítica de ROBERT JACKSON a essas ficções que "*tend to mischiev whenever they are accepted as having a validity of their own apart from any purpose they serve*" (cfr. *The Struggle for Judicial Supremacy*, pág. 292).

lei de 1934 que incluiu na jurisdição das Cortes federais inferiores aquelas ações.

Aliás, já no caso *Nashville C. and St. Louis Railway v. Wallace*,⁴⁰ decidido em 1933, atenuara a Corte Suprema a sua rígida orientação anterior, conhecendo, em grau de retribuição intentada com fundamento em uma ação declaratória de Tennessee, denominada "*Uniform Declaratory Judgment Act*". Disse, então, o *Justice Stone*, falando pela Corte Suprema: "A Constituição não exige que o caso ou controversia se apresente sob as formas tradicionais do processo, com a invocação exclusiva de remédios tradicionais. A cláusula judicial da Constituição definiu e limitou somente o Poder Judiciário, mas não particularizou o método pelo qual esse poder deveria ser invocado. Não cristalizou em formas imutáveis o processo de 1789 como o único meio possível de submeter ao Judiciário qualquer caso ou controversia".

Todavia, nessa decisão não ficou expresso o cabimento de qualquer ação meramente declaratória para a finalidade pretendida, mas, ao contrário, ressaltou-se que é mister, em tais ações, a existência efetiva de um processo contraditório, envolvendo uma controvérsia real e não simplesmente *hypothetical*, *adversary proceeding*, involving a real, not a hypothetical, controversy.⁴¹

O que é certo, porém, é que a primitiva orientação foi alterada, passando a vigorar critério mais liberal, como bem accentuam GEORGE JAFFIN e ROBERT NEUMAN, nos trabalhos anteriormente citados.

⁴⁰ *Nashville C. and St. Louis Railway v. Wallace*, 228 U. S. 249.

⁴¹ Assim concluiu STONE: "As the prager for relief by injunctive allegations of threatened irreparable injury which are material only if an injunction is asked, may likewise be dispensed with if, in other respects, the controversy presented is, as in this case, real and substantial".

O PROBLEMA NO BRASIL

A Carta do Império

No regime da Carta Constitucional de 1824 não se reconheceu ao Poder Ju-

dicial a faculdade de recusar aplicação aos atos do Parlamento eivados de inconstitucionalidade. É certo que, por esse e outros motivos, LEVI CARNEIRO faz severa crítica ao Supremo Tribunal de Justiça, considerando que este "despercebido de sua própria missão mais alta, esquecido da repercussão política que poderia ter a sua atuação judiciária", "não exerceu, com largueza, as suas prerrogativas, atrofiou-se, deixou que os outros poderes constitucionais dominassem absolutamente, anulando-o".¹

Certamente, o ilustre juriconsulto brasileiro, na sua im-piedosa invectiva contra o Tribunal do Império, desejava que este procedesse como o seu similar americano, correndo embora o risco de ser acusado de "usurpação".

A situação, porém, do nosso Tribunal era muitíssimo diversa da que se verificou nos Estados Unidos da América, porque o Estatuto de 1824 não dava qualquer margem a tentativas de expansionismo. Em primeiro lugar, a defesa dos princípios constitucionais não fôra confiada ao Poder Judicial, mas, precisamente, ao Poder Legislativo, ao qual incumbia não só "interpretar" as leis que elaborasse — "fazer leis, interpretá-las suspendê-las e revogá-las" (art. 15, n.º 8.º), — mas, ainda, "velar na guarda da Constituição" (art. 15, n.º 9).

¹ LEVI CARNEIRO, *Federalismo e Judiciário*, 1930, pág. 239.

Poder Moderador

Além disso, como "chave de toda a organização política", existia o Poder Moderador, investido da função de manter a "independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos" (artigo 98), funcionando, no dizer do próprio BENJAMIM CONSTANT,² como "o poder judiciário de todos os outros poderes". Ele constitua — segundo a lição do Visconde do Uruguai³ — "a suprema inspeção sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia".

Ora, num sistema em que existia só uma os três poderes normais tal "suprema inspeção", é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber — se se pudesse atribuir a outro departamento do governo — ao Poder Moderador.

Constituição de 1891

Com o advento da República, a doutrina americana incorporou-se ao nosso sistema constitucional, aparecendo já perfeitamente nitida na Constituição Provisória, de 22 de junho de 1890 (art. 58, § 1.º, al. b), e no dec. n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal (art. 9.º, parágrafo único, als. a e c). A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, reproduzindo o que fora prescrito pelos dois diplomas citados, facultou, também, recurso para o Supremo Tribunal Federal,

"quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ela" (art. 59, § 1.º, al. a).

² Costuma-se apontar BENJAMIM CONSTANT como o criador da idéia do referido poder e, realmente, nas suas dissertações foram os elaboradores da Carta de 1824 buscar o sistema que incorporaram àquela, utilizando-se, mesmo, para definir o Poder Moderador "chave de toda a organização política" — das expressões usadas pelo referido publicista na sua *Politique Constitutionnelle*. Todavia, é esse mesmo autor quem esclarece haver conhecido o germe da idéia nos escritos de CHAMONET TOWERNE.

³ VISCONDE DO URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio, 1852, tomo II, pág. 61.

O PROBLEMA NO BRASIL

29

"A relação é claríssima" — diz Rui Barbosa. "Nela se reconhece, não só a competência das justicas da União, como a das justicas dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a falar das leis federais, a garantia de que, sendo trarria à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o principio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais federais ou locais de discutir a constitucionalidade das leis da União, e applicá-las ou desapplicá-las, segundo esse critério". E, assim, "esse poder incomparável, desconhecido nos outros regimens, vedado mesmo no suíço, latente apenas na Constituição americana", ficou limpidamente expresso no texto da Constituição brasileira.

Póde, destarte, a lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal da República, dispor no seu art. 13, § 10, *in verbis*:

"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".

A reforma de 26 e a Constituição de 34

A reforma constitucional de 1926 tornou ainda mais claro e explicito o principio, facultando o recurso para o Supremo Tribunal Federal sempre que se questionasse "sobre a vigencia ou a validade das leis federais em face da Constituição" e a decisão do tribunal do Estado lhes negasse applicação (art. 60, § 1.º, al. a). A Constituição de 1934 seguiu o mesmo rumo, dispondo de

⁴ Cfr. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, colligidos por HOMERIO PINES, 1933, vol. IV, pág. 133.

modo semelhante no art. 96, III, letras b e c. Trouxe, todavia, uma inovação ao sistema, porque firmou no art. 179 o princípio de que "só por maioria absoluta da totalidade de seus juizes" poderiam os tribunais — todos eles, fossem federais ou locais — declarar a inconstitucionalidade da lei.⁵

A Carta de 37

A Carta de 1937 manteve essa exigência, mas, regredindo ao sistema de freios e contrapesos, procurou atenuar os inconvenientes da supremacia do Judiciário, estatutando no parágrafo único do art. 96:

"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 de cada uma das câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal".

Castro Nunes nos dá a impressão de haver considerado esse preceito como o primeiro da nossa história constitucional que direta-mente facultou aos tribunais "sejam federais, sejam locais", a declaração da inconstitucionalidade. Pelo menos é o que se deduz de suas palavras à pag. 534, n.º 3, segundo parágrafo, do seu *ult. Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Não nos parece, todavia, que assista razão ao eminentemente jurista, pois entendemos, como Rui Barbosa, que a redação das Constituições anteriores era "claríssima", reconhecendo não só a Justiça da União, mas à dos Estados, competência para julgar da legitimidade das leis perante a Constituição.

Vede sobre o assunto a magistral explanação de FRANCISCO CAMPOS, em defesa do art. 96, parágrafo único, da Carta de 37 (*Os Problemas do Brasil e as grandes resoluções do Novo Regime*, 1938, págs. 44 e segs.). E quem acusar de "fascista" a crítica feita pelo ilustre jurista à supremacia do Judiciário, deve ler, em seguida, as páginas candentes de ROBERT JACKSON — ministro da Justiça dos Estados Unidos — no já citado livro *The Struggle for Judicial Supremacy*. Ter-se-á que afirmar, então, que o mestre americano — a quem tanto deve a causa da democracia e da liberdade — é o maior "fascista" que vive sobre a face da terra... CAMPOS, com suas afirmações, é um pigmeu ante o gigante do Norte.

Constituição de 1946

A Constituição vigente conservou os casos de recurso extraordinário, que indiretamente autorizavam os tribunais locais a julgar da inconstitucionalidade (art. 101, III), manteve a exigência da maioria absoluta dos membros do tribunal para a eficácia da decisão (art. 200), mas não reproduziu o parágrafo único do art. 96 da Carta anterior, garantindo assim a pureza da doutrina americana, mais uma vez incorporada, em sua plenitude, ao sistema constitucional brasileiro, voltando-se, destarte, àquele panorama jurídico, de que falava Rui Barbosa, em que "na ordem da autoridade o Supremo Tribunal está acima de tudo".⁷

A Constituição de 1967

Na Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967, foi mantido o sistema das Constituições anteriores, através do art. 111, relativos ao *quorum* para declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público pelos tribunais, e do art. 114, III, letras a, b, e c, concernente ao cabimento do recurso extraordinário. No mesmo artigo, letra l, dispõe a Constituição sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar da representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal.

A expressão *quorum* é aqui usada no sentido de expressão necessária de votos contrários à lei ou ato, para a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, no sentido de mínimo de votos sem os quais a inconstitucionalidade não pode ser decretada. A ressalva é necessária, para que não se crie a idéia de contradição entre esta nota e a opinião do autor.

A arguição de inconstitucionalidade é regulada pela lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964.

⁷ Rui Barbosa, *O Estado de São Paulo*, 1892, pág. 94.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América os castros e contravérsias fundados na Constituição formam a medula da jurisdição federal, que existe paralelamente à jurisdição local, regulada e mantida pelos Estados. Há um sistema dual de justiça, semelhante ao que vigorou, entre nós, até a vigência da Carta de 1937.

Desde, porém, que no feito esteja envolvida uma questão constitucional, ¹ o assunto, se inclui na competência dos tribunais federais e poderá, sempre, ser decidido, em última instância, pela Corte Suprema, para a qual é autorizado, recurso ² toda a vez que se questionar sobre a aplicação ou interpretação da Constituição ou sobre a validade de algum tratado ou lei federal em face da Suprema Lei do País ³.

As Cortes federais inferiores (*Circuit Court of Appeals*) somente dispõem de autoridade final quando, no processo, não se discutir nenhuma questão constitucional, pois, no caso contrário, "*when an issue of constitutionality is raised*", é sempre facultado o recurso para a Corte Suprema, ⁴ que se converte, assim, na feliz expressão de CASTRO NUNES, no es-

¹ Referente, é claro à Constituição Federal e não às dos Estados. ² HARVEY WALKER, *Public Administration in the United States*, 1937, cap. XIII, "Judicial Administration", pág. 415; W. F. WILSON, *Principles of Judicial Administration*, 1929; S. E. BALDWIN, *The American Judiciary*, 1905, pág. 146.

³ "In many cases, where no issue relating to the constitutionality of a law is raised, the circuit court of appeal has final authority. Thus they serve to stem the flow of appeals which would otherwise an issue of constitutionality is raised, as it is in a good many cases." (WILLIAM BENNETT MUNRO, *cit. The Government of the United States*, 1933, pág. 503).

trazido em que tem de desembocar todas as controvérsias constitucionais ajuizadas no país, tanto nas jurisdições especiais, como nas ordinárias.⁴

A situação no Brasil Entre nós, examinando o assunto à luz das Constituições anteriores, esse emérito expoente do nosso direito público sustentou que o princípio "*jamais teve a mesma extensão*", porque somente nos casos de "recurso extraordinário" ou, "incidentemente, nas causas da Fazenda Nacional ou em *habeas corpus*, pode o Supremo Tribunal apreciar as questões suscitadas sobre o entendimento ou aplicação da Lei Magna.

Ora — prossegue o Mestre — "os tribunais inferiores (locais e federais) podem aplicar a lei com violação da Constituição, e não haverá recurso; podem invalidar lei local, por conflitar a Constituição, cercando uma atribuição positivamente legítima do legislador local, sem que sobre a questão se pronuncie a instância judiciária suprema. Pode o Tribunal de Contas, em dadas hipóteses, pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei federal sem possível recurso de tal decisão para o Supremo Tribunal. Podem os tribunais criminais especiais (Supremo Tribunal Militar, etc.) fazer o mesmo, fechando ao Supremo o conhecimento da hipótese se não houver meio de ajuizar a questão por *habeas corpus*, só autorizado o recurso das decisões negativas, que deixam margem a hipóteses aí não compreendidas".⁵

No regime da Constituição atual, no entanto, quer nos parecer que a situação foi radicalmente modificada, uma vez que o recurso extraordinário já não está adstrito às decisões proferidas pelos *tribunais locais*, isto é, pelos tribunais ordinários de justiça, mas se tornou cabível, nas hipóteses enumeradas, em todas as causas decididas em única ou última instância "*por outros tribunais ou juizes*". Qualquer que seja o tribunal, de sua decisão caberá recurso extraordinário des-

⁴ CASTRO NUNES, ob. cit., pág. 586.

⁵ *Ibidem*.

de que se verifique alguma das hipóteses em que este é facultado.⁶

Por outro lado, admitindo-se o recurso "*quando a decisão for contrária a dispositivo da Constituição*" (art. 101, III, al. a), praticamente, deferiu-se ao Supremo Tribunal o conhecimento de todas as controvérsias constitucionais, afastando-se aquelas hipóteses apontadas por CASTRO NUNES em que essas questões morriam nos tribunais locais. Pode-se por consequência hoje dizer, sem receio de erro, que, também entre nós, o Supremo Tribunal é o "árbiter máximo de todas as questões constitucionais".

A situação, no que toca a fase, permanece inalterada na Constituição de 1967.

Consecutário da função jurisdiccional

Não importa, isso, porém, afirmar que a inconstitucionalidade é privativa do Supremo Tribunal. Não. Ela é consecutária da função jurisdiccional e, por consequência, cabe a quem quer que legitimamente exerça esta última. Todos os tribunais e juizes, 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.

Aliás, é também o que ocorre nos Estados Unidos da América, onde "o dever de declarar inoperantes as leis inconstitucionais compete" — segundo esclarece BRYCE — "não só à Corte Suprema de Washington, mas também ao mais humilde tribunal de qualquer Estado, desde que se pretente,

⁶ "Caba recurso extraordinário, segundo a Constituição de 1946, quer a decisão recorrida tenha sido proferida, em última ou única instância, por tribunal, quer por juiz local ou federal. A Constituição de 1937, como a de 1934 e a de 1891, somente se referiam a recurso extraordinário que se haveria de interpor das decisões da justiça local. Porém era difícil perseverar-se nessa concepção resrita, que se ressaltava do propósito de unidade, sem advenir em que a pluralidade de interpretações ou de atitudes dos tribunais e juizes federais seria igualmente perniciosas. Perdeu o instituto o seu primário efeito; ganhou em extensão e em função social e política." (PORTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio, 1947, vol. II, pág. 247).

perante ele, causa em que se discute a questão. Quando, portanto, nos Estados Unidos, se fala na Corte Suprema como "guarda da Constituição", quer se dizer, apenas, que é o tribunal de última instância, ao qual se podem levar os processos que envolverem controversas constitucionais. Mas as funções da Corte Suprema são, em gênero, as mesmas que as de todos os outros tribunais federais ou locais".⁷

Aliás, o assunto discutido vigorosamente entre nós pelo gênio de Ruy Barbosa, encontrou o seu justo caminho, desde os primeiros tempos da República, prevalecendo a tese sustentada pelo maior dos nossos constitucionalistas, cuja conclusão vamos reproduzir: "o princípio fundamental é a autocracia, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de desobediência a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desapplicá-las, segundo esse critério".

Poder do juiz singular Poderá, porém, o juiz singular de primeira instância dizer da inconstitucionalidade? De acôrdo com o nosso ponto de vista, anteriormente exposto, de que esse poder é inerente ao exercício da função jurisdiccional, é óbvio que a resposta afirmativa se impõe.

Vale recordar, no entanto, que, em face do preceito da Constituição de 1934 — reproduzido na Carta de 37 e no Estatuto vigente — que exigia, para a decretação de inconstitucionalidade, a maioria dos membros dos tribunais, várias dúvidas surgiram, havendo quem sustentasse a incompetência dos juizes singulares.⁸

⁷ JAMES BARCE, *The American Commonwealth*, 1895, 3.ª ed., volume I, pág. 336.

⁸ Entre os que sustentaram esse ponto-de-vista, cumpre salientar o juiz MARTINS DE OLIVEIRA, cuja decisão, brilhantemente deduzida, se encontra na *Revista Forense*, vol. 65, pág. 170. O trecho adiante reflete o fúcido raciocínio desse magistrado: "Abente-se, com extremismo ou rigor, para a rigidez da expressão — *podendo os tribunais declarar*. Que tribunais? Evidentemente a Carta Magna alude a tribunais locais (art. 76. 2.º, III, b), ou a essa entidade nova criada pelo art. 79. Aquêles e esta incontestavelmente estão sujeitos à Corte Suprema, que decidirá, em última instância, guardado o

Não acolheram, porém, os tribunais essa doutrina, mantendo a orientação tradicional e continuando a reconhecer aos juizes de primeira instância a necessária jurisdição, para apreciar as arguições de inconstitucionalidade.⁹ Prevaleceu a orientação magnificamente expressa pelo projecto desembargador Amílcar de Castro, que, com brilhante fundamentação doutrinária, assim concluiu:

"o art. 179 da Constituição Federal não tem o sentido que lhe deu o juiz *a quo*. Sem dúvida, os tribunais coletivos de segunda instância só podem declarar a inconstitucionalidade por maioria absoluta da totalidade de seus juizes, mas daí não se segue que os juizes inferiores sejam obrigados a deixar de aplicar a Constituição, e obrigados sejam a aplicar leis inconstitucionais, por não terem competência de dizer que essas leis são inconstitucionais. Conforme a lição de LEON DUGUIT, a declaração da inconstitucionalidade das leis deriva logicamente da

princípio contido no art. 176 e observado, ainda, o mandamento expresso no art. 96.

"Em face de tudo quanto foi exposto é ilegítima a seguinte pergunta: Onde estarão, em relação ao assunto, os juizes singulares? Ou, antes, toda vez que no contencioso for postulado assunto pertinente a inconstitucionalidades, por que maneira há-de o juiz pedir, e a menos que, urgentemente, se estabeleça, no direito processual, o recurso *ex officio*, a fim de que o juiz singular possa provocar a decisão da instância imediatamente superior, na forma do decreto de VICENTE CHERMONT DE MIRANDA, "Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular" in *Revista Forense*", vol. 92, pág. 582. Espelustre GONÇALVES DE OLIVEIRA, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. IX, pág. 155.

⁹ Cf. *Revista Forense*, vol. 67, págs. 347 e 516; vol. 69, pág. 331; vol. 70, págs. 114 e 549. Na última das decisões citadas, afirmou o Ilustre desembargador Máro Mazzação: "O juiz de primeira instância pode pronunciar a inconstitucionalidade de quaisquer leis. Nos países juridicamente organizados, a guarda da Constituição, para se manter na forma ao Estado atribuída, é a principal razão de ser do Poder Judiciário. A regra do art. 179, da Constituição Federal, que que impressionou o relator da decisão recorrida, disciplina o funcionamento dos tribunais, em matéria de constitucionalidade, e não restringe a competência deles, nem a dos juizes singulares."

distinção entre lei constitucional e lei ordinária e do princípio da separação de poderes. Os tribunais, nos limites da sua competência, têm que resolver, de acordo com a lei, todas as questões submetidas à sua jurisdição, e desde que haja colisão entre a lei superior e a inferior, isto é, entre a lei ordinária e a constitucional, é claro que devem aplicar esta e não aquela. Se o juiz fôsse obrigado a aplicar qualquer lei, embora inconstitucional, não só deixaria de ser independente, como de nada valeria o princípio da separação de poderes e a supremacia da lei constitucional" (*Revista Forense*, vol. 67, pág. 348).

Em face da Constituição vigente, já o assunto foi também, objeto de estudo por parte do culto ERNANO CRUZ, que, na jurídica decisão proferida sobre os adicionais de renda, evidenciou a competência do juiz singular para o reconhecimento da inconstitucionalidade.

A questão, alias, colocada no ângulo pelo qual a divisa-mos, não comporta dúvidas. Sempre que um magistrado, de qualquer instância, decidindo isoladamente ou em órgão colegiado, encontrar uma lei de autoridade inferior em conflito com outra de autoridade superior, impõe-se-lhe o dever de re-jeitar a primeira, como inexistente, e de aplicar a segunda na pureza de seus princípios. Não lhe cabe, nem mesmo, exercer uma opção, porque não se pode falar em conflito entre leis de hierarquia diferente: uma cede necessariamente à autoridade da outra.

Na Constituição de 1967, não se consigna qualquer alteração ao sistema. Os tribunais só podem decretar a inconstitucionalidade mediante o *quorum* do art. III. Mas isso não importa restrição a essa declaração por parte de juizes singulares.

¹⁰ Vêde, ainda, sobre o assunto, o interessante trabalho de NORONHA GUIMARÃES, "Decisão do Poder Judiciário sobre Inconstitucionalidade de lei ou ato do poder publico", in *Revista Forense*, vol. 67, pág. 273.

Constituição austríaca

Para que se recusasse ao juiz singular a faculdade de não aplicar ao caso em lide a lei inconstitucional, mister fôra que a Constituição contivesse a respeito proibição expressa, tal com a que existia na Carta austríaca de 1934, que manteve, em suas linhas fundamentais, o sistema de controle jurisdiccional estabelecido em 1920 e inspirado nos magistrais estudos de KRIEGER. Ali se proíbe expressamente ao juiz de primeira instância que ponha em dúvida a validade de lei publicada com observância das formalidades constitucionais — *ein Gesetz in der verfassungsmässigen vorgeschriebenen Form kundgemacht wurde*. E-lhe facultado, todavia, entrar no exame do cumprimento de tais formalidades, verificando, por exemplo, se a lei está devidamente referendada, bem como se o texto da publicação

¹¹ Cf. LUDWIG ADAMOVICZ, *Grundriss des Oesterreichischen Staatsrechtes*, 3.ª ed., Viena, 1935, pág. 252. "Derivado ao exame direito que lhes cabe em virtude do art. 104 da Constituição, os tribunais podem e, no caso de dúvida, devem examinar se uma lei foi publicada na forma constitucionalmente prescrita, se portanto, ela foi inserida na folha oficial constitucionalmente destinada à publicação das leis, e, no caso de dúvida, devem examinar se uma lei foi inserida na se a publicação ocorreu com as assinaturas constitucionalmente exigidas para a promulgação das leis, inclusive no que toca à referenda e, também, tratando-se de leis federais, se foi feita, de maneira eventualmente exata, referência à resolução do Congresso ou tribunais podem, também, no exame da publicação da lei, indagar se o texto publicado na folha oficial coincide literalmente com a resolução legislativa. Conseqüentemente, o juiz pode, se tiver dúvidas quanto à coincidência entre o texto publicado e a resolução original, formar sua convicção a respeito pelo exame do texto original. "Die Gerichte sind zufolge dem ihnen nach Art. 104 Verf. zustehenden Prüfungsrechte berechtigt und im Zweifel auch verpflichtet zu un-form kundgemacht wurde, ob es daher in das zur Kundmachung der Gesetze verfassungsmässig bestimmte Gesetzbuch eingeschaltet wurde, ob die Kundmachung mit den verfassungsmässig geforderten Unterschriften der zur Beurkundung des Gesetzes und zur Gegenzeichnung gestellten in verfassungsmässig einberufenen Organe erfolgte, weiters ob bei Bundesgesetz in verfassungsmässig einberufenen Weise auf den Beschluss des Bundesrates Bezug genommen wurde. Ferner können die Gerichte untersuchen, ob der im Gesetzbuch verlaubte Gesetzestext mit dem Gesetzesbeschluss der gesetzgebenden Körperschaft wirklich übereinstimmt. Der Richter kann sich daher, falls er an der rechtlichen Übereinstimmung der Verlaubarung und des Originalbeschlusses Zweifel hegt, neben an der Hand des Originaltextes Überzeugung ver-schaffen".

está perfeitamente de acôrdo com o que foi aprovado pelo Parlamento, sendo-lhe permitido, para formar a sua convicção, o exame do próprio original da resolução legislativa — *erstinstanz kann sich daher, falls er an der textlichen Übereinstimmung der Verlautbarung und des Originalbeschusses Zweifel hegt, hievon an der Hand des Originaltextes überzeugung verschaffen*. Verificando algum vício na publicação, o juiz deverá ignorar a lei — *hat zu ignorieren* — profere a sua decisão no caso submetido a julgamento, como se aquela jamais houvesse sido publicada — *als ob dieses Gesetz niemals kundgemacht worden wäre*.

Fora desse caso, ao juiz interior é defeso o exame da constitucionalidade da lei, que somente poderá ser objeto de apreciação pelos tribunais superiores, os quais, ao ensejo de controvérsia sobre o assunto, deverão, suspendendo o feito, solicitar o pronunciamento da Câmara Constitucional (*Verfassungssenat*) do Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*).¹²

Leis de processo e de organização judiciária

É certo que, entre nós, as leis de organização judiciária, podem estabelecer o sistema de privia submissão do caso aos tribunais de segunda instância ou destolaria para a competência destes as causas que envolverem matéria constitucional, mas, em hipótese alguma, sem texto expresso, poderá o juiz de primeira instância ser compelido a aplicar a uma demanda submetida à sua decisão uma lei inconstitucional.¹³

¹² O *Bundesgerichtshof*, instituído pela Carta de 1934, com a fusão dos dois tribunais estabelecidos pela Constituição de 1920 — a *Verwaltungsgerichtshof* e o *Verfassungsgesichtshof* — é um tribunal especial, colocado fora da jurisdição ordinária.

¹³ Não se argumenta em contrário com a lição dos tratadistas italianos, para os quais está absolutamente excluída da competência judiciária a questão da constitucionalidade do conteúdo da lei — *è da questione della costituzionalità o meno di una legge in ordine al suo contenuto* (cf. GABBA, nota à decisão da Corte Suprema de 20-6-1936, in *Foro Italiano*, n.º XI, págs. 105 e segs.; E. LAR, *Sistema del Diritto Civile Italiano*, Cagliari, 1935, vol. I, págs. 75 e segs.; FADDA e BENSÀ, nota a, à trad. do *Diritto delle Pandette*, de WINDSCHEID, Turim, 1930,

Aliás, parece de tóda a conveniência a regulamentação da matéria, estabelecendo-se, pelo menos, a obrigatoriedade de recurso *ex officio* para os tribunais sempre que o juiz de 1.ª instância. Enquanto, porém, o assunto não for objeto de lei, a jurisdição do magistrado de primeira instância há de se exercer na sua plenitude, sem restrições de qualquer espécie, podendo, mesmo, sua decisão tornar-se final, passando a constituir coisa julgada entre as partes, desde que não sejam usados contra ela *opportuno tempore* os recursos cabíveis.

Vol. IV, pág. 1). Como esclarecem estes últimos autores, essa opinião se fundava no sistema constitucional italiano, onde, sempre ao sistema inglês, o Parlamento podia, na função ordinária, modificar os preceitos da Constituição — *“lo statuto del regno può essere modificato dai poteri legislativi italiani, senz'altro di ricorrere allo statuto non si sieno apportate per via di abrogazione alla implicita. Talché, secondo questa dottrina, una legge, che abroghi una disposizione statutaria, non è punto inconstituzionale, ma da chi è autorizzato a ciò fare”* (cf. CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENSÀ, cit. trad. do *Diritto delle Pandette*, de WINDSCHEID, Ob. e loc. citados). No mesmo sentido, véde PIERO CHIMENTI: *“La legge costituzionale è un atto di volontà dello Stato uguale ad ogni altra legge, e però modificabile per opera di questo potere”* (*Manuale di Diritto Costituzionale*, Roma, 1920, vol. II, pág. 215).

CONCEITO DE "INCONSTITUCIONALIDADE"

Letra e espírito

Inconstitucional é, como é óbvio, a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição. Dêsse enunciado surge, porém, logo às primeiras indagações, um problema capital: a incompatibilidade deve se verificar entre a lei impugnada e a letra expressa da Carta Política, ou poderá, também, ser reconhecida quando o conflito se verificar com o espírito da Constituição?

O assunto não tem sido objeto de consideração muito acurada, limitando-se os autores a sustentar, num ou noutro caso concreto, a inconstitucionalidade de alguma lei por considerá-la inconciliável com o espírito da Carta Constitucional. Assim o fez, por exemplo, FRANCISCO CAMPOS,¹ quando procurou demonstrar que a intervenção do Estado no domínio econômico e o consequente contrêlo de preços pelo poder público não se harmonizam com o espírito liberal da Constituição de 1946.

No tocante ao espírito de alguma preceito constitucional, isto é, à *men legis* do próprio dispositivo, a Justiça argentina

¹ FRANCISCO CAMPOS, parecer, in *Revista Forense*, VOL. 114, págs. na 37: "A Constituição de 1946, conseguintemente, optou, não apenas de maneira tácita, mas de modo expresso, ou manifesta e declarada, qual tem, como ponto de caráter dogmático ou pressuposto constitucional, o princípio de que a norma da sua organização ou declaração, a autoridade, ou qualquer outro elemento exterior ou estranho à sua própria ordem, mas, precisamente, a liberdade que, assegurada igualmente a todos os indivíduos, constitui a única força legítima de legitimação moral, política e econômica nas sociedades verdadeiramente livres."

"Optando por essa ordem, a Constituição teria optado, necessariamente, pela ordem econômica liberal. Ora, a ordem da economia liberal se define, precisamente, pelo postulado de que o equilíbrio

já teve oportunidade de encarar de frente a questão, deixando bem claro que "*la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decir, con su verdadero significado cuando la letra es oscura o da lugar a diversas interpretaciones*".²

Em relação a preceito constitucional expresso, é manifesto que não se deve atender, apenas, ou prevalentemente, à letra do texto, mas procurar o sentido, o espírito, o real significado da norma. Se a lei ordinária é incompatível com a mens legis de alguma prescrição do Estatuto Político, a incompatibilidade é irrecusável.

Quando, porém, o alegado conflito se verifica com o "espírito" que anima a Constituição, com o seu sentido democrático, mais ou menos liberal, sem que se possa apontar nenhum preceito da lei básica violado pela norma impugnada, temos que a questão é assaz duvidosa. Sendo a Constituição, particularmente no Brasil, obra de grupos heterogêneos, com as mais diversas ideologias e inclinações, difícil será entender que toda a Constituição tenha se filiado, sem discrepância, a uma só corrente do pensamento político. Aqui e ali ressambram preceitos que fogem e escapam, ao sentido geral predominante. A Constituição é uma obra eclética, onde as transigências se sucedem, impedindo a cristalização de um sentido único, puro e unilateral.

Necessidade de preceito expresso Hé mister, portanto, para se afirmar a falta de alguma norma ou algum mandamento da Consti-

tução econômica resulta do encontro, da composição ou do entendimento recíproco entre vontades livres em um comício em que, como nos comícios políticos, a presença do Estado só é admitida para garantir, de modo efetivo, as liberdades". "Ora, a intervenção do Estado, na economia, no sentido de conferir ao Estado o poder de se substituir aos indivíduos na avaliação dos seus próprios interesses e na decisão quanto ao ponto de equilíbrio em que eles devem se comportar, pressupõe uma ordem constitucional autoritária ou o princípio de que a força de integração social não é a liberdade, mas o poder. Tal intenção é claramente excluída pela Constituição de 1946".²

² *L. J. Asegno v. Provincia de Buenos Aires, apud J. A. González Cabrerón, Derecho Constitucional Argentino, 1917, tomo I, pág. 436, not. 42.*

tução, embora se considere, para esse fim, não apenas a letra do texto, mas, também, ou mesmo, predominantemente, o "espírito" do dispositivo invocado.

Essa é, também, a orientação dos tribunais americanos, que não se julgam autorizados a declarar inexistente uma lei, porque, em seu modo de pensar, ela se opõe ao "espírito" que anima a Constituição, mas que não se traduziu nem se manifestou nas palavras desse diploma. Quando a Constituição não limitou, seja expressamente ou por necessária inferência, os poderes gerais conferidos à legislatura, não podem estes ser coarctados pelos tribunais, sob o pretexto de se haver descoberto alguma coisa no espírito da Constituição que não foi jamais mencionada nesse instrumento — *having discovered something in the spirit of the constitution which is not even mentioned in the instrument*.³ Somente quando existem disposições constitucionais expressas — *express constitutional provisions* — que limitem o Poder Legislativo e controlam a vontade temporária da maioria, por uma lei, pena-nente e suprema, estabelecida pela sabedoria da nação, pode-se encontrar fundamento sólido e seguro para atribuir às Cortes autoridade de declarar inválido um ato do Congresso.⁴

Assim, diz COOLEY,⁵ a simples alegação, por exemplo, de que a lei é incompatível com os princípios fundamentais do governo republicano não se justifica a declaração de inconstitucionalidade. Também BRACK⁶ é muito incisivo ao afirmar que quem quer que alegue a invalidade de um ato legislativo deve estar apto a apontar a específica proibição, exigência ou garantia que esse ato violou. Se isso não puder ser feito,

³ *People v. Fisher*, 24 Wend 215.

⁴ Palavras do senador VERPLANCK: "It is difficult, upon any general principle, to limit the omnipotence of the sovereign legislative power by judicial intervention, except so far as the express words of a written constitution give that authority" (apud THOMAS M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations*, 1890, pág. 204).

⁵ "If the courts are not at liberty to declare statutes void because of their apparent injustice or impolicy, neither can they do so because they appear to the minds of the judges to violate fundamental principles of republican government" (*ibidem*, pág. 202).

⁶ *Cit. Handbook of American Constitutional Law*, pág. 63.

o ato é válido. Os princípios da justiça natural ou do governo republicano e o da igualdade entre os homens devem considerar-se adequadamente garantidos pelos preceitos expressos da Constituição. Se esta não realizou plenamente esse objetivo, não é possível, com esse fundamento, impor limites ao Poder Legislativo. E não se pode, para esse fim, invocar o espírito da Constituição, salvo como se encontra manifestado na própria letra — *the spirit of the constitution cannot be appealed to except as it is manifested in the letter.*

Clausulas diretórias e mandatorias

Outro problema dos mais solenes é o discutido por certos autores americanos no tocante a saber se todas as clausulas da Constituição têm a mesma força obrigatória ou se os dispositivos de caráter meramente regulamentar ou adjetivo, quando violados, não ferem de morte a lei que os infringe. E a famosa controvérsia sobre as prescrições "diretórias" e "mandatorias" da Constituição, de que nos dá minuciosa notícia, em magistral parecer, o nosso FRANCISCO CAMPOS.⁷

A jurisprudência americana é incerta a respeito, existindo vários casos em que os tribunais têm feito a referida discriminação. Tem-se entendido que os dispositivos relativos à estrutura dos projetos de lei ou às fórmulas que devem ser observadas na sua aprovação, geralmente, são "diretórias", enquanto as que fixam ou determinam o número de votos necessários a essa aprovação e os efeitos de um projeto aprovado são usualmente "mandatorias".⁸

A Corte de Maryland, por exemplo, entendeu que o preceito da Constituição do Estado que exige nas leis a expressão "*Be it enacted by the General Assembly of Maryland*" devia ser considerado meramente "diretório", não determinan-

⁷ FRANCISCO CAMPOS, *Direito Constitucional*, 1942, págs. 4 e segs. *Er-Parte Fall*, 42 Ohio St. 254. Vide ainda, com referência ao assunto, *Pim v. Nicholson*, 5 Ohio St. 174; *Washington v. Page*, 4 Cal. 383; *State v. Pierce*, 35 Wis. 93; *Schulherr v. Bordenau*, 64 Miss. 59; *Hiel v. Boyland*, 40 Miss. 618; *Louis v. Foster*, 52 Mo. 513; *Walcott v. Wigton*, 7 Ind. 44; *People v. Campbell*, 8 Ill. 466.

do a sua inobservância a ineficácia da lei.⁹ Semelhante decisão foi tomada pelas Cortes de Mississippi¹⁰ e de Missourida.¹¹ e a conclusão exatamente oposta chegou a Corte de Nevada.¹²

Por outro lado, a Corte de Kentucky, discutindo a questão, teve oportunidade de afirmar que, "salvo quando expressamente facultativas, as prescrições constitucionais são mandatorias" — *unless expressly permissive, constitutional provisions are mandatory.*¹³ E, filando-se à mesma orientação, o *Chief Justice* Nicholson assim enunciou seu lúcido raciocínio: "Sendo as prescrições constitucionais, por sua própria natureza e por seu objeto, limitativas dos poderes dos vários departamentos do governo, é difícil compreender como suas prescrições possam ser consideradas meramente diretórias" — *it is difficult to comprehend how its provisions can be regarded as merely directory.*¹⁴

Cooler, aliás, critica os tribunais pela distinção, entendendo que eles trilharam caminhos assaz perigosos — *tread upon very dangerous ground* — quando se aventuram a aplicar os princípios que justificam essa distinção, própria das cortes ordinárias, às prescrições constitucionais. As Constituições, normalmente, não contêm normas de procedimento, salvo se as considerarmos necessárias à prática de algum ato, quando, então, devem ser tidas como limitativas do poder a cujo exercício se aplicam. Não podemos esperar que se encontrem, na Constituição preceitos que o povo não tenha considerado de alta importância e dignos de figurar num instrumento que se destina a controlar, igualmente, o governo e os governados e a constituir a justa medida dos poderes conferidos. Se forem estabelecidas normas a respeito do tempo no qual um poder deve ser exercido, ou do modo pelo qual o seu exer-

⁹ *Mc Pherson v. Leonard*, 29 Md. 377.

¹⁰ *Swann v. Buck*, 40 Miss. 268.

¹¹ *Cape Girardeau v. Riley*, 52 Mo. 424, e *Louis v. Foster*, 52 Mo. 513.

¹² *State v. Rogers*, 10 Nev. 250.

¹³ *Varney v. Justice*, 86 Ky. 596.

¹⁴ *Cannon v. Mathes*, 8 Heisk. 504.

cício pode ter lugar, há, pelo menos, uma forte presunção de que esse tempo e esse modo condicionam a validade da manifestação do poder.¹⁵

Como bem salienta FRANCISCO CAMPOS,¹⁶ com a sua característica, precisão técnica, o que outorga a um preceito o cunho constitucional não é o seu objeto ou o seu conteúdo, senão a própria natureza da lei de que faz parte. O que distingue as leis ordinárias da lei constitucional "não é a sua matéria, mas a sua forma ou o caráter do instrumento a que se acham incorporadas". Todas as cláusulas constantes da Constituição, seja qual for o seu conteúdo, participam, todas elas, da natureza da lei constitucional, dispendo, por isso, indistintamente, da mesma força que provém, não de sua matéria, mas do "caráter do instrumento a que aderem". Assim sendo, não é possível distingui-las, "para o efeito de sua observância, em essenciais ou substanciais, a saber, imperati-

¹⁵ THOMAS M. COOLEY, ob. cit., págs. 93-94: "But the courts tread upon very dangerous ground when they venture to apply the rules which distinguish directory and mandatory statutes to the provisions of a constitution. Constitutions do not usually undertake to prescribe mere rules of proceeding, except when such rules are looked upon as essential to the thing to be done, and they must then be regarded in the light of limitations upon the power to be exercised. It is the province of an instrument of this solemn and permanent character to establish those fundamental maxims, and fix those unwavering rules by which all departments of the government must at all times shape their conduct, and if it descends to prescribing mere rules of order in unessential matters, it is lowering the proper dignity of such an instrument, and usurping the proper province of ordinary legislation. We are not therefore to expect to find in a constitution provisions which are not worth to be embraced in an instrument which, for a time at least, is to control alike the government and the governed, and to form a standard by which is to be measured the power which can be exercised as well by the delegate as by sovereign people themselves. If directions are given respecting the times or modes of proceeding in which a power should be exercised, there is at least a strong presumption that the people designed it should be exercised in that time and mode only; and we impute to the people a want of due appreciation of the purpose and proper province of such an instrument, when we infer that such directions are given to any other end. Especially when, as has been already said, it is but fair to presume that the people in their constitution have expressed themselves in careful and measured terms, corresponding with the immense importance of the powers delegated, and with a view to leave as little as possible to implication".

¹⁶ FRANCISCO CAMPOS, ob. e loc. citados.

vas ou mandatórias, e em acessórias ou de mera conveniência, isto é, diretórias".

Proseguindo, acentua o Mestre que é impossível evadir-se alguém à conclusão de que um preceito constitucional "exatamente porque se contém no instrumento da Constituição, é uma previsão essencial, indispensável e imperativa, por envolver de fato, ou por pressuposto do legislador, conteúdo futuro — presunção irremovível por argumentos em contrário — matéria de interesse público ou relativa a direitos individuais de ordem substancial, portanto".

É que o conceito de Constituição, como lei suprema, elaborada pelo Poder Constituinte, em que reside, em sua integridade, a soberania da nação, é um conceito meramente formal. Não cabe discutir o conteúdo ou o objeto das normas que se encontram no instrumento. Se este foi elaborado pelo Poder Constituinte, para vigor como a lei suprema do país, tais normas, ainda que tenham caráter meramente processual ou regulamentar, formam a Constituição e participam, indistintamente, do seu caráter obrigatório e supremo. A apresentação formal do instrumento é definitiva, afastando, totalmente, a possibilidade da análise material do preceito. Daí o acerto da afirmação de HARVEY WALKER,¹⁷ quando, após demonstrar que os assuntos de importância fundamental, próprios das Constituições, variam no tempo e no espaço, esclarece que, ainda mesmo quando um determinado assunto to costuma, nos outros países ou Estados, ser deixado à le-

¹⁷ "Political scientists have long been agreed that the subject matter of constitutions should be confined to items of fundamental importance. But to define accurately what is meant by 'fundamental matter' is, of course, quite difficult. As a matter of fact, 'fundamental' whether a particular article or section of a particular constitution is to formulate any criterion which would enable the student to judge out of place in that document and whether it should be confined to the discretion of the legislature would be futile. To designate any particular provision as 'statutory' is misleading. Even if one means by such a description that such questions are in other states customarily dealt with by the legislature without constitutional direction, it is undeniable, that for the state in question the matter is a constitutional one, removed from legislative competence and referable only to popular sovereignty" (HARVEY WALKER, Law Making in the United States, N. Y. 1934, pag. 33).

gislativa ordinária, é inegável que, para o país ou Estado que o incluiu na sua Carta Política éle passa a ser matéria constitucional, afastada da competência legislativa ordinária e deferida à soberania do povo.¹⁸

Alfás, para demonstrar, de modo categórico, o desacerto da pretendida diferenciação, basta indagar aos autores que á sustentam se consideram indispensáveis para a alteração dos preceitos apontados como "diretórios" a observância das formalidades estabelecidas para a emenda ou revisão da Carta Política. A resposta — como é evidente — não poderá deixar de ser afirmativa, pois não há cláusula na Constituição que se possa rever ou emendar sem respeito ao processo especial nela prescrito para esse fim. E com a resposta afirmativa, cai por terra a distinção.

Concluindo, somos de opinião que a incompatibilidade ou conflito de uma lei ordinária com qualquer preceito da Constituição, mesmo aquêles que, pela sua natureza ou conteúdo, não parecem conter matéria fundamental — dá origem ao estado de inconstitucionalidade, suscetível de reconhecimento pelos tribunais.¹⁹

¹⁸ No mesmo sentido, consulte-se o magnífico parecer de AmARUO CASTRO, inserido na *Revista Geral de Direito, Legislação e Jurisprudência*, Vol. I, julho e agosto de 1919, págs. 69 e segs., sob o título "A revisão das Constituições Estaduais", onde o abalizado constitucionalista, invocando o ligão de BRACK, doutrina: "A impossibilidade de estabelecer um característico diferencial entre o objeto da legislação constitucional e o objeto da legislação ordinária tem dado lugar a que nos Estados da União Americana sejam incluídas nas respectivas Constituições muitas disposições referentes a assuntos que deveriam ser regulados por lei ordinária. A inclusão ou não de tais dispositivos depende unicamente do ponto de vista em que se acham os elaboradores de cada Constituição, no sentido de as colocar ou não fora do alcance do Legislativo, tornando assim mais difícil a sua alteração ou revogação". O trecho de BRACK invocado é o seguinte: "On the other hand there is practically no limit to the subjects or provisions which may be incorporated in the constitution. It might, for example, be made to include a code of civil or criminal procedure. The question in every case is how much the framers of the particular constitution are willing to leave to the legislative discretion, and what matter they desire to put beyond the reach of the legislature, in respect to their change or abolition" (ob. cit., pág. 7).

¹⁹ A respeito do assunto vale recordar, a título de ilustração, que a Carta Constitucional do Império, aceitando a distinção que vimos de refulnar, prescrevia no seu art. 178 que:

Violação direta e indireta Quanto ao modo pelo qual se pode manifestar o conflito da lei com a Constituição, devem ser consideradas duas situações pertencentes a definições: o conflito direto, resultante da adoção de princípios ou prescrições contrárias a um mandamento constitucional expresso; o conflito indireto, que decorre da observância de fórmulas ou condições prescritas pela Carta fundamental.

Teoricamente, as duas situações se equiparam, porque sempre que a lei ordinária viola a Constituição, o fato de o fazer direta ou indiretamente não altera a sua situação de "lei contra o direito". Na prática judiciária, todavia, o conflito direto, por ser mais gritante e manifesto, é muito mais facilmente acolhido pelos tribunais. Já a colisão indireta faculta a discussão de teses que não contam com a unanimidade da opinião jurídica, como, por exemplo, a que acima expusemos concernente à distinção entre dispositivos "diretórios" e "mandatórios".

Pouco importa, todavia, dentro dos princípios técnicos que regem o assunto, a firma ou modo por que se desrespeitou a Constituição: verificado o desrespeito, a lei é inoperante.

"É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respeitadas dos Poderes Políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias".

Com o advento da República alguns Estados incorporaram o preceito às respectivas Constituições, apesar do repúdio do Congresso Constituinte Republicano a uma emenda apresentada neste sentido (cf. *Anais*, Vol. III, págs. 165 e 238). Posteriormente o preceito foi sendo eliminado dessas Constituições, permanecendo mais tempo na do Estado do Ceará, cujo art. 149 assim dispunha:

"É só constitucional o que diz respeito à forma de governo, e aos direitos políticos e individuais do cidadão e a natureza, limites e atribuições dos poderes fundamentais do Estado. Tudo que não é constitucional pode ser alterado pelos legisladores ordinários".

Conf.

Art. L. 5107

Dir. para para 11
O para mi 11

O FUNDAMENTO JURÍDICO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Hierarquia das leis

A idéia da inaplicabilidade da lei inconstitucional é uma decorrência do princípio da hierarquia das leis, que possibilita aquela situação jurídica, tão bem analisada por DUGUIT, em que a incompatibilidade entre as normas gera a existência de leis contrárias ao direito — *lois contraires au droit*.¹ Quando se verifica um choque entre duas prescrições legais, uma é, necessariamente, contrária ao direito estabelecido pela outra, resolvendo-se o conflito em favor da norma de hierarquia superior, particularmente quando esta se encontra na própria Constituição, que é a fonte de todos os poderes constituídos.²

Na ordem jurídica interna, a Constituição é a lei suprema, a matriz de todas as outras manifestações normativas do Estado. A lei ordinária é "determinada" em seu conteúdo, representando, em última análise, mera "aplicação" dos preceitos constitucionais, podendo-se dizer, com KEISEN,³ que a

¹ LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1923, 2ª ed., tomo III, pág. 659.

² "C'est la source de tous les pouvoirs constitués", diz A. ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel*, Paris, 1922, 8ª ed., tomo I, pág. 607.

³ HANS KEISEN, *Teoría General del Estado*, trad. espanhola de IACAMERA, Madrid, 1934, pág. 306: "Se reconoce este grado recordando que la característica del Derecho es la de regular su propia creación, es decir, que la vía legislativa (el procedimiento de creación de las normas generales) puede estar determinada a su vez por una norma positiva general. Esta norma rechte el nombre de norma "constitucional", y la constitución representa, por relación "aplicada" por la ley, en el sentido de que el procedimiento legislativo se halla de-

lei é a "execução" da Constituição, do mesmo modo que a sentença é a execução da lei. Dar o acerto de EISENMANN quando, em frase lapidária, afirma que "a Constituição é a medida suprema da regularidade jurídica".

O Parlamento ou o Congresso é no regime constitucional, mero e simples mandatário, cujos poderes se encontram enumerados no instrumento formal do mandato, que é a Constituição. Não lhe é possível, pois, juridicamente, praticar atos em contradição com os dispositivos constitucionais, porque, assim agindo, estaria excedendo os limites de sua competência. A Constituição, dizem BARTHELEMY e DUEZ, não criou os poderes para ser violada por eles — *ne les a pas créés pour être violés par eux* — e todo o ato que lhe fôr contrário é desistido de valor jurídico.⁴

Desenvolvimento histórico

Esse princípio, todavia, que hoje parece tão lógico e óbvio, nem sempre encontrou eco na teoria jurídica, tendo surgido somente no final do século XVII ou, mais propriamente, no início do século XVIII, com as teorias dos filósofos que constituíram a

terminada em los preceptos constitucionales, del mismo modo que a ley determina la sentencia judicial que la aplica.

No se diga que constitui uma diferença essencial o hecho de que la sentencia hállase determinada no sólo quanto a su procedimiento sino quanto a su contenido por el Derecho procesal formal, de una parte, y por el Derecho sustantivo civil y penal, de otra; mientras que la constitución deja indeterminado el contenido de las leyes, y sólo regula el "procedimiento" de la legislación. A esto puede responderse, primero, que tampoco el contenido de las sentencias judiciales se halla completamente determinado por el Derecho sustantivo, ni puede serlo, por razones que más tarde se explicarán; y, segundo, que también el contenido de las leyes puede estar determinado por la constitución, esto es, por otra ley. La constitución prohíbe que las leyes tengan cierto contenido y ordena que poseen tal otro; de modo que la ley es "ejecución" de la constitución, de la misma manera que la sentencia es ejecución de la ley.⁵

Les organes constitutionnels ne peuvent pas juridiquement faire d'actes en contradiction avec les dispositions de la constitution, parce qu'ils excéderaient leur compétence: la constitution nes les a pas créés pour être violés par eux. La constitution est la loi suprême du pays; tout acte qui lui serait contraire serait illégal" (JOSEPH BARTHELEMY et PAVU DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1933, pág. 203).

escola do direito natural e com os quais nasceu e ganhou corpo a distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias.⁶

De acôrdo com o ponto de vista desses filósofos, a Constituição de um país é a manifestação expressa da vontade do manifestação da soberania popular derivam não só os poderes Executivo e Judiciário, mas também o Legislativo; cuja ação há de ficar necessariamente circunscrita aos limites dos poderes outorgados. Daí decorre que as leis fundamentais, povo, da qual promanam todos os poderes do Estado. Dessa ou constitucionais, precedem no tempo e em hierarquia às leis ordinárias e suas prescrições obrigam aos três poderes constituídos, partilhadamente ao Legislativo, o qual se compõe de simples mandatários do povo, que não dispõem da "soberania nacional" indivisível e inalienável.

Coube a VATTER⁷ enunciar o princípio, argumentando com muita lógica: "O povo pode conferir o exercício do Poder Legislativo a um monarca ou a uma assembleia, ou a ambos conjuntamente, delegando-lhes a faculdade de elaborar novas leis ou revogar as anteriores. Indaga-se, todavia, se essa faculdade se estende até às próprias leis funda-

⁵ Essa distinção é, aliás, decorrência da concepção dos juristas da Renascença que, dando novo aspecto as idéias desenvolvidas pelos canonistas e pelos doutores da Idade Média, relativamente à distinção entre leis divinas e leis humanas, sustentaram a existência de direitos inatos (*jura connata*), comuns a todos os homens, superiores e antecedentes à própria ordem jurídica, insuscetíveis de alienação e, por isso mesmo, inconfundíveis com os direitos adquiridos (*jura quæsitæ*), fundados nas leis ordinárias baixadas pelo legislador comum. O direito inato, ou natural, resulta da própria natureza do homem; o direito adquirido, ao contrário, nasce somente em virtude de um fato humano — *quod intervenienti demum facto humano resultat* (cf. JOHANN CHRISTIAN WOLFF, *Jus Naturæ Methodo Scientifico Pertractatum*, Francfort e Leipzig, 1740). Daí a distinção, de que nos autoriza DOMAR, entre leis naturais que, "avant leur justice et leur racent et tout ce qui peut avoir du passé", enquanto as outras leis, transitorias por excelência, "ne tirent leur autorité que de la puissance de du législateur".

Sendo a Constituição um pacto social no qual se incluem os "direitos naturais" dos pactantes, há que distingui-la das outras leis baixadas pela legislatura ordinária, desprovida do poder soberano de enunciar e definir aqueles direitos inerentes à natureza humana. ⁶ EMMERICH DE VATTER, *Le Droit des Gens*, Londres, 1758, IV, I, cap. III, seção 34.

mentais, e, se podem modificar a Constituição do Estado. Os princípios que temos exposto até aqui nos conduzem certamente a decidir que a autoridade de tais legisladores não tem essa extensão, devendo as leis fundamentais ser sagradas para eles, a menos que a nação lhes tenha outorgado expressamente poderes para modificá-las... Se é da própria Constituição que derivam os poderes dos legisladores, como podem estes modificá-la sem alterar o fundamento de sua autoridade?"⁷

Imutabilidade da
Constituição

Dêsse princípio fundamental dimana a idéia da "imutabilidade" da Constituição. Uma vez elaborado o instrumento formal em que se traduz a vontade soberana do povo,⁸ não podem as legislações ordinárias alterar-lhe o conteúdo, modificando-lhe as fórmulas ou os preceitos. No entanto, como nenhuma criação humana é perfeita e os fatos inelutáveis e fatais, no seu contínuo evoluir, exigem sempre novas normas que lhes acompanhem os reclamos e as exigências, segue-se que essa idéia da imutabilidade constitucional não deve ser considerada em termos absolutos, mormente porque, sendo a lei fundamental a suprema expressão da soberania popular é justo que esta possa, conforme as circunstâncias, alterar os seus pontos de vista primitivos, revogando, no todo ou em parte, a lei fundamental.⁹ Não seria possível que uma geração le-

⁷ *Ibidem*.

⁸ A expressão, embora usual, é tida como pleonástica, segundo se lê no *Dictionnaire Politique*, de DUCLOS e PARRYSS, Paris, 1868, pág. 894, vb. "Souveraineté du Peuple": "Mais, nous le répétons, en dehors de cette application polemique, les mots "Souveraineté du Peuple" sont un véritable pleonasm: comme la Souveraineté n'est et ne peut être que dans le peuple, c'est une redondance que de dire Souveraineté du Peuple".

⁹ "Les lois qui régissent ce rapport portent le nom de lois politiques, et s'appellent aussi lois fondamentales, non sans quelque raison, si ces lois sont sages, car, s'il n'y a dans chaque état qu'une bonne manière de l'ordonner, le peuple qui la trouve doit s'y tenir; mais si l'ordre établi est mauvais, pourquoi prendrait-on, pour fondement, des lois qui empêchent d'être bon? D'ailleurs, en tout état de cause, un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures; car, s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui a le droit de l'en empêcher?" (J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, ed. G. RAYET, Paris, s/data, pág. 74).

gisasse para a eternidade, retirando dos pósteros o direito de se regerem segundo a livre determinação de sua vontade — o que importaria a negação de postulado essencial da democracia. Mas, como o legislador ordinário não tem capacidade jurídica ou política para modificar a lei fundamental, nasce o problema de saber a quem deve competir essa faculdade e qual o modo prático de exercê-la. Surgiram daí, três fórmulas para solucionar o problema.

1) A primeira exige para a modificação da lei fundamental o *concursus unanimis* dos cidadãos, sustentando a perfeita identidade entre a *constituição* e o *contrato social*. Todavia, como semelhante exigência importaria em tornar absoluta a imutabilidade constitucional, pois seria impossível obter essa manifestação unânime, sustentou VARTER que deve bastar, no caso, a maioria dos cidadãos, desde que se assegure à minoria a vitória do direito de se separar da sociedade política, cujo pacto foi alterado.

A segunda teoria, de STEVÈS,¹⁰ sustenta que, conquanto os poderes do Estado estejam regidos pela Constituição nacional, que lhes delimita a competência e a autoridade e aos quais falece, portanto, capacidade para alterar-lhe as prescrições, o certo é que a nação não está sujeita, de modo algum, a esse Estatuto Fundamental porque é ela, precisamente, quem o dita e estabelece. Assim como o indivíduo no seu estado natural, antes de ingressar na sociedade, conservava sua plena liberdade, assim também as nações se mantêm fora de todo o vínculo que lhes coarctae a vontade. Esta, qualquer que seja a forma pela qual se manifeste, constitui a lei suprema. Por outro lado, aceitando-se a teoria do governo representativo, não se poderá negar o poder de modificar a Constituição a uma Assembléa Legislativa especialmente eleita para esse fim, ou mesmo ao Poder Legislativo ordinário, com mandato especial para exercer aquela faculdade.

¹⁰ Abbé JOSEPH EMMANUEL STEVÈS, *Qu'est-ce que le tiers Etat*, Paris, 1922. Vêde sobre os trabalhos do filósofo francês: J. H. CLAPHAM, *The Abbé Sieyès*, Londres, 1912, e G. G. VAN DEUSEN, *Sieyès, His Life and His Nationalism*, Columbia University, New York, 1932.

A terceira teoria, cuja formulação precisa é atribuída a ROUSSEAU, nos seus estudos sobre a reforma do governo da Polónia, consagra a regra de que o Estatuto Fundamental pode ser excepcionalmente emendado ou revisto, mas somente pela autoridade estabelecida e na forma especialmente prevista pela própria Constituição.

Poder Legislativo e Poder Constituinte

Dessas teorias decorre a distinção entre "Poder Legislativo" e "Poder Constituinte", a distinção esta que subsiste ainda quando se atribui ao mesmo corpo legislativo a faculdade de expedir a legislação ordinária e a de reformar a Constituição, mediante processo ou fórmulas especiais. Daí deriva ainda — acrescenta RABASA, depois de fazer brilhantíssima síntese das teorias acima — que, sendo a Constituição uma lei positiva de categoria superior e relativamente imutável, ela não pode ser abrogada senão por outra lei constitucional expedida sob a mesma forma.¹²

Esse raciocínio conduz ao principio da "supremacia da Constituição", que é, em ultima análise, o pilar em que assenta a ideia da inapplicabilidade ou ineficacia da lei contrária ao Estatuto Fundamental.

O papel dos tribunais

Por isso mesmo, diz-se que os tribunais não entram em conflito com o Poder Legislativo quando se recusam a aplicar uma lei ordinária inconstitucional. O conflito existe, sim, entre as diversas espécies de normas legais, limitando-se as Côrtes a atribuir a cada uma a autoridade que lhe cabe, assegurando a preeminência da lei hierarquicamente superior.¹³

Se ocorre uma contradição irreconciliável — diz HAMILTON — entre a lei ordinária e a Constituição, é claro que o juiz

¹¹ A respeito da distinção entre poder constituinte e poder legislativo, consulte-se o magnífico parecer do illustre DARCY BESSONNE, in *Revue Française*, vol. 117, pág. 54.

¹² OSCAR RABASA, *El Derecho Anglo Americano*, México, 1944, pág. 608.

¹³ Ver sobre o assunto a explanação de JAMES BRUCE, in cit. *The American Commonwealth*, vol. I, pág. 248.

há de preferir esta àquela, ou seja, a intenção do povo à intenção de seus representantes — *the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.*¹⁴

Essa conclusão — prossegue HAMILTON — não significa, de modo algum, que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo. Significa, apenas, que o poder do povo é superior a ambos — *the power of the people is superior to both* — e que, quando a vontade da legislatura, declarada na lei ordinária, fôr oposta à vontade do povo, declarada na Constituição, o juiz tem que obedecer à última e desprezar a primeira.¹⁵ — *it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former.*

O tribunal — diz Rui Barbosa — "é apenas o instrumento da lei preponderante". "Como o fiel de uma balança, em cujas duas conchas estão duas leis de pesos diferentes a justiça não tem liberdade na escolha: pende fatalmente na direção inevitável, solicitada pela força de uma determinação que se lhe impõe".¹⁶

Em qualquer país que adote uma Constituição escrita, há dois graus de autoridade na ordem da legislação: a lei constitucional e as leis ordinárias. Nos Estados federais existem quatro graus nessa escala hierárquica: 1) a Constitui-

¹⁴ "There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers no not authorize, but what they forbid" (A. HAMILTON, in *The Federalist*, New York, 1937, pág. 101).

¹⁵ *Ibidem*, pág. 102: "Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental".

¹⁶ Cit. *Comentários à Constituição*, vol. 4, pág. 139.

ção Federal. II) as leis federais; III) as Constituições estaduais; IV) as leis dos Estados. Verificando-se antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as outras duas, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação mostra a precedência na autoridade. Uma vez manifestado o conflito entre as duas leis de hierarquia diferente, a questão está de antemão estabelecida — *the relative strength of each kind of law has been settled already*. Tudo o que o tribunal faz é declarar a existência da colisão. Tratando-a como a agulha de um sismógrafo, mas essa declaração traz, em si mesma, o fim da controvérsia, porque — como diz BRUCE¹ — a lei mais fraca cede à autoridade da mais forte.

¹ Ob-elt., vol. I, pág. 331. Há, aliás, quem conteste o acerto da escala hierárquica indicada por BRUCE, negando o primado, considerado dogmático, da supremacia da lei federal. Suprema é a Constituição — e somente ela — porque as leis dos Estados elaboradas com a observância são tão legítimas quanto as leis federais, não se submetendo à autoridade destas (cf. EMERIO REYERHO, *El confilho constitucional de la doble imposición interna*, Buenos Aires, 1935, pág. 59). Não se compreende, nem seria admissível, a tese da supremacia do direito federal sobre o estadual, porque ambos, no seu privativo do de ação, dispõem da mesma autoridade, que a Constituição lhes transmite. Superior é a Constituição. A preeminência da lei federal é um dogma federalista: porém quando está ela de acôrdo com a Magna Carta. Então a lei é uma consequência, um prolongamento, um efeito da própria Constituição. Como estabeleceu a autonomia dos Estados e lhes atribuiu uma competência legislativa própria, a lei estadual, emitida por esse órgão "constitucional" é tão válida, tão definitiva, tão "legítima" como a federal! (PADO CALMON, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio, 1937, págs. 48-49).

A INCONSTITUCIONALIDADE E SUAS MANIFESTAÇÕES

As quatro manifestações típicas

A análise mais acurada e profunda das várias maneiras pelas quais o conflito apontados em capítulo precedente¹ mostram que a inconstitucionalidade decorre, sempre, de uma das quatro seguintes situações:

- 1.a) desrespeito à forma prescrita;
- 2.a) inobservância de condição estabelecida;
- 3.a) falta de competência do órgão legislante;
- 4.a) violação de direitos e garantias individuais.

Black, incidentalmente, indica, apenas, três formas de violação, ao exigir que, para a declaração de inconstitucionalidade, se aponte sempre a "proibição"; "exigência" ou "garantia" que o ato violou. Estamos, porém, em que a numeração feita acima é mais exata, uma vez que a falta de competência constitucional, com usurpação de poderes atribuídos aos outros departamentos do governo, só indiretamente pode ser considerada como violadora de uma "proibição" ou de uma "exigência". Será talvez, antes, uma violação de "garantia", porque a divisão de poderes e a repartição de competência entre eles visam, precipuamente, à proteção dos direitos dos cidadãos. As dúvidas, porém, justificam o caráter autônomo e específico que outorgamos a esse item.

Inobservância de forma

Passando ao exame de cada uma das quatro situações apontadas, focalizaremos, em primeiro lugar, a que concerne à forma prescrita.

¹ Vide pág. 61.

ta pela Constituição, que não tenha sido observada pela lei ordinária. Constitui indispensável *background* ao entendimento da matéria a discussão relativa ao valor e obrigatoriedade das cláusulas constitucionais e que já foi objeto de nossa consideração em capítulo anterior (págs. 56 e seguintes).

A simples inobservância da forma prescrita pela Constituição pode gerar a ineficácia da lei? O não cumprimento de uma simples formalidade constitucional justifica o repúdio ao ato do Congresso?

Partindo do ponto de vista, anteriormente expresso, de que todas as disposições da Carta Constitucional são imperativas, essenciais, mandatorias, constituindo as fórmulas constitucionais um "limite" ao exercício dos poderes conferidos, não pode haver nenhuma dúvida de que o ato inconstitucional.

As fórmulas prescritas para a ação legislativa — diz Cooley — são, por sua natureza, limitativas da autoridade desta. As prescrições constitucionais que as estabelecem equivalem à declaração de que o Poder Legislativo deve ser exercido unicamente sob as fórmulas prefixadas, e não sob qualquer outra — *shall not be exercised under any other*. A lei que as não observar será plenamente ineficaz — *a statute does not observe them will plainly be ineffectual*.^{1a}

A questão, porém, não é pacífica, havendo os tribunais americanos divergido ao apreciar várias controvérsias sobre o assunto. Tivemos, já, oportunidade de nos referir às dúvidas surgidas sobre o caráter, diretório ou mandatário, da prescrição constante da Carta Política de Maryland, e reproduzida em outras Constituições estaduais, determinando que fígure nas leis a expressão: "*Be it enacted by the General Assembly*". Enquanto as Côrtes de Maryland, de Missouri e

do Mississippi consideraram irrelevante a observância dessa fórmula, a Corte de Nevada a julgou indispensável.

Também na Áustria essa referência expressa à resolução da assembleia legislativa ou a um plebiscito deve ser feita de maneira perfeitamente coincidente, livre de qualquer colisão (*einwandfreier Weise*), cabendo aos tribunais o exame da verificação dessa formalidade — *weilers ob bei Bundesgesetzten in verfassungsmässig einwandfreier Weise auf den Beschluss des Bundestages oder allenfals auf das Ergebnis des stützgebahnten Volksbestimmung Bezug genommen wurde*. Esse esclarecimento é prestado por ADAMOVICH, em face do art. 104 da Constituição austríaca, por força da qual podem os tribunais — e devem, no caso de dúvida — verificar não só a observância daquela prescrição, mas, ainda, examinar se a lei foi publicada na forma constitucionalmente determinada, bem como se foi inserta no "Diário Oficial" (*Gezetzblatt*) com as assinaturas constitucionalmente exigidas, tanto para a promulgação quanto para a referência.²

Essas ilustrações apresentadas, dizem, porém, respeito a formalidades extrinsecas Formaldades intrinsecas

¹ LUDWIG ADAMOVICH, *Grundriss des Österreichischen Staatsrechts*, 3.^a ed., 1935, pág. 252: "Em consequência do exame de direito que lhe cabe em virtude do art. 104 da Constituição, os tribunais podem e até, no caso de dúvida, devem examinar se uma lei foi publicada na forma constitucionalmente prescrita, se, portanto, ela foi inserta no "Diário Oficial", constitucionalmente destinado à publicação das leis, se a publicação foi feita com as assinaturas, constitucionalmente exigidas, dos órgãos competentes para a promulgação e para a referência e, também, quando se tratar de leis federais, se foi feita a referência de maneira constitucionalmente exata (*einwandfreier*) à resolução do Congresso (Bundestages) ou, eventualmente, a resultando de um plebiscito efetuado" (*Die Gerichte sind zufolge dem in nach Art. 104 Verf. zustehenden Prüfungsrechte berechtigt und im Zweifel auch verpflichtet, zu untersuchen, ob ein Gesetz in der verfassungsmässig vorgeschriebenen Form kundgemacht wurde, ob es daher in das zur Kundmachung der Gesetze verfassungsmässig Beschlossene Gesetzbuch eingeschaltet wurde, ob die Kundmachung mit den Organen erfolgte, weiters ob bei Bundesgesetzen in verfassungsmässig einwandfreier Weise auf den Beschluss des Bundestages oder allenfals auf das Ergebnis der stattgehabten Volksbestimmung Bezug genommen wurde*).

sentia, mas o grave problema referente à matéria é a nosso ver, o que diz respeito às formalidades intrínsecas, ou melhor ao processo mesmo da elaboração legislativa.

Pode o Judiciário entrar na apreciação do cumprimento das normas e preceitos constitucionais relativos à ordem dos trabalhos parlamentares, ou essa apreciação é privativa do Congresso? É facultado aos tribunais recusar aplicação a uma lei, formalmente inatacável e cujo conteúdo se adapta aos princípios constitucionais, sob o fundamento de que o Congresso, ao elaborá-la, violou a Constituição?

THURMAN, presidente da Corte Suprema de Ohio, entendendo que a ação do Judiciário não pode ser levada tão longe, estando o Poder Legislativo obrigado ao cumprimento das exigências relativas ao "curso do processo legislativo", exclusivamente pelo sentimento de responsabilidade e juramentos prestados pelos seus membros, livres, neste particular, da ação "supervisora" dos tribunais — *not by any supervisory power of the courts*. Assim entendendo, recusou-se THURMAN a admitir que o tribunal pudesse apreciar a arguição de não ter sido observado o mandamento constitucional que exigia a leitura de qualquer projeto de lei, inteira e distintamente — "fully" and "distinctly" — em três dias diferentes e por três vezes, em cada uma das câmaras legislativas, antes de ser o mesmo submetido à votação.³

Também WILLARD, da Corte de Apelação de New York, teve ocasião de se manifestar no mesmo sentido, considerando meramente "diretória" a determinação constitucional que mandava tomar os votos por *ages and noes* na votação final de algum projeto. Essa opinião constituiu, todavia, mero *dictum* porque o tribunal afirmou que a exigência havia sido plenamente atendida, tal como a impunha o Estatuto Político.⁴

Coerente com a nossa orientação, não nos é possível aceitar a opinião desses dois juizes, que importa, necessariamente, na distinção, já por nós impugnada, entre cláusulas cons-

³ Miller v. State, 3 Ohio St. 475.

⁴ People v. Supervisors of Chenoango, 8 N. Y. 317.

titucionais obrigatórias e cláusulas facultativas. Aliás, como adverte COOLEY, sempre muito cauteloso nas suas afirmações, a jurisprudência dominante não sanciona o ponto de vista daqueles juizes.⁵

Esse fato, aliás, abona a crítica feita por FRANCISCO CAMPOS quando mostra que as afirmações daqueles dois vultos da magistratura dos Estados Unidos acham-se em flagrante contradição "com o espírito, a inteligência, a lógica e a natureza do regime americano". É manifesto — prossegue o emittente juriconsulto brasileiro — que o fundamento de ambos esses votos é a pequena importância atribuída àqueles formalidades estabelecidas pela Constituição e a inconveniência de se deixar a sorte das leis ao léu de avertigações aleatórias no tocante à perfeita conformidade de sua elaboração com regras que envolvam exigências bizantinas, cuja observância se tornaria de verificação difícil, quicá arbitraria. Quanto à importância das cláusulas, já se demonstrou, amplamente, a inaceitabilidade daquela distinção entre preceitos imperativos e diretórios, que procura encontrar na Constituição preceitos destituídos de caráter obrigatório e sumo.

No que tange à segunda parte do argumento, ou seja, que as cláusulas que prescrevem formalidades bizantinas ou cuja observância se torna de difícil ou arbitrária verificação, devem ser consideradas como meramente diretórias e subtraídas, portanto, à censura dos tribunais" entende FRANCISCO CAMPOS que tem de fato, procedência a opinião expandida, mas não "porque possam existir cláusulas constitucionais não essenciais ou diretórias outras que as que a Constituição atribui manifestamente esse caráter, mas porque só a assembléa pode ser o juiz de sua observância, em razão de não ser o fato ou a formalidade exigida, competente ao Judiciário a autoridade de averiguar a sua observân-

⁵ "We feel warranted in saying that the judicial decisions as they now stand do not sanction the application" (COOLEY, ob. cit., pág. 94).

gia, sem elementos precisos de convicção, importaria em uma outorga temerária".⁶

Não nos parece, todavia, que assista razão ao Mestre paritico, que, neste passo, não guarda a necessária coerência com a linha central do seu parecer, orientada no sentido de considerar igualmente obrigatórias todas as cláusulas da Constituição e, por isso mesmo, igualmente sujeitas à apreciação do Judiciário. A questão do que pode ser objeto de exame pelo Judiciário é uma. A que concerne à prova da violação é outra, inteiramente distinta.

O Poder Judiciário, a quem incumbe a guarda da Constituição, pode e deve entrar no exame de todas as exigências relativas ao processo de fatura das leis. Nenhum só aspecto dessa elaboração pode ser subtraído à competência do Judiciário, muito embora este, por falta de meios de prova, não possa formar convicção sobre o assunto, em certos casos especiais.

O limite desse conhecimento pelos tribunais há de ser como o estabelecem a doutrina e a jurisprudência americanas — a publicação oficial dos trabalhos parlamentares. Se ali se encontram meios que compõem a inobservância de alguma formalidade, o Judiciário pode e deve declarar a ineficácia da lei.⁷

Para ilustrar o seu pensamento, invoca FRANCISCO CAMPOS a exigência de alguns constitucionalistas quanto à "leitura distinta de um projeto de lei" de cujo cumprimento, o ter sido "distinta" ou não a leitura, só pode ser juiz o próprio Parlamento. Inspirou-se, por certo, o maior jurista consulto brasileiro na lição de COOLEY expressa no passo adiante: "a requirement that a law shall be read distinctly, whether mandatory or directory, is, from the very nature of the case, addressed to the judgement of the legislative body, whose de-

⁶ FRANCISCO CAMPOS, cit. *Direito Constitucional*, ed. Revista Forense, pág. 30.

⁷ The act will not be adjudged void unless the journals of the houses show a lack of compliance with the forms prescribed by the constitution (Preccott v. Illinois Canal, 19 Ill. 324; vide, ainda, Council of Detroit v. Board of Assessors, 91 Mich. 78).

cision as to what reading, is sufficiently distinct to be a compliance cannot be subject review".

É claro, todavia, que se da publicação oficial dos trabalhos parlamentares constar a leitura *ipsis verbis* do projeto e por aí se verificarem omissões ou erros fundamentais, não há negar que o assunto pode ser objeto de apreciação por parte do Judiciário, porque a averiguação, teoricamente difícil ou aleatória, tornou-se, no caso, perfeitamente possível.

Não há, por consequência, confundir uma questão processual, uma questão de prova, com o problema substantivo de saber se os tribunais podem, ou não, examinar, em qualquer caso, a conformidade do processo legislativo com as prescrições constitucionais. Esse poder dos tribunais não tem limites: é supremo, como a própria lei da que promana. As circunstâncias de fato podem, apenas, condicionar suas manifestações, sem, todavia, afetar-lhe a essência ou alterar-lhe os limites. Demonstrada a omissão na observância do processo prescrito pela Carta Política, ou a transgressão das normas estabelecidas, o ato deve ser considerado inválido.⁸

Nos próprios países, como a França, em que não existe o controle jurisdicional da constitucionalidade e onde se pune, com pena criminal, o juiz que "se imiscui no exercício do Poder Legislativo", recusando aplicação a qualquer lei,⁹ pelo Parlamento não se veda aos tribunais o exame da observância condicionam a elaboração legislativa.

⁸ "A statute may be unconstitutional for back of compliance with the forms prescribed by the constitution in the process of its enactment. If it is shown to the court that the legislature has neglected or violated its duty in any of these particulars, the act must be pronounced invalid. And for this purpose, the court may go behind the enrolled or printed bill and examine the journals of the two houses" (Black, ob. cit., pág. 61).

⁹ Cód. Penal francês, art. 127: "Seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civique: 1.º — Les juges, les procureurs généraux ou du Roi ou leurs substitués, les officiers de police, qui se sont immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif soit par des résolutions contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiés ou exécutées".

Apenas, para os franceses, não se trata, no caso, de discutir a "inconstitucionalidade" de uma lei, mas, sim, a sua "existência". A lei que no processo de sua feitura não obteve as normas constitucionais não existe como lei. É a tese, ainda hoje em vigor, sustentada em 1833, perante a Corte de Cassação de Paris, pelo advogado geral VOYSIN DE GARTEMPE: "*La loi ne pouvait avoir le caractère de loi qu'autant qu'elle est votée conformément à la charte, il est certain que si l'on vous apportait un acte décoré du titre de loi et qui n'eût pas été voté constitutionnellement, il n'y aura vérité-blement de loi*".¹⁰

Também na Itália, onde o Parlamento podia, a exemplo do inglês, alterar com a legislação ordinária o Estatuto do Reino, os autores mais credenciados facultam ao juiz o exame do cumprimento das exigências constitucionais relativas ao processo legislativo.

FADDA e BENSÁ formulam a proposta a seguinte questão: um só ramo do Parlamento, ou mesmo nenhum deles, vota certa proposição, que o Poder Executivo promulga e publica como lei. Deverá a autoridade judiciária aplicá-la como lei? LAI¹¹ responde afirmativamente, sustentando que o juiz não pode negar fé à atestação feita pelo Poder Executivo, que se traduz no ato da sanção e da promulgação. Invocando, porém, a aguda crítica de GABBA, os dois citados professores mostram o desacerto dessa opinião e evidenciam a perfeita possibilidade da magistratura entrar na apreciação da matéria e declarar inaplicável o ato publicado como lei. O ato de promulgação não é uma prerrogativa régia, mas um simples ato do Poder Executivo, suscetível de apreciação jurisdicional. Concluindo, afirmam FADDA e BENSÁ¹² que o juiz deve examinar tanto o processo anterior à promulgação quanto o

¹⁰ Apud cit. BARTHELEMY-DUZ, *Tratté de Droit Constitutionnel*, pág. 221, *in fine*.

¹¹ *Et. Lai. Systeme del Diritto Civile Italiano*, Cagliari, 1885, volume I, pág. 76.

¹² CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENSÁ, cit. notas ao *Diritto delle Promulgazione*, de WINDSCHEID, Turim, 1930, vol. IV, pág. 3: "*L'atto della promulgazione non è atto di prerogativa regia, poiché ne sono responsabili i ministri: esso è un atto del potere esecutivo, e come tale*

próprio ato da promulgação e da publicação. "Essa facultade só pode ser negada ao juiz, quando expressamente prevista pela Constituição, sendo falta a conclusão contrária a que chegam alguns autores só permitindo o exame da constitucionalidade quando expressamente autorizado — "*manca quindi di fondamento la pretesa di alcuni scrittori, secondo cui allora soltanto può il giudice conoscere della costituzionalità di una legge, quando a ciò sia espressamente autorizzato dalla costituzione. Questa proposizione è falsa nella sua generalità*".

Ora, se aqueles mesmos autores que recusam ao Judiciário o controle da constitucionalidade das leis entendem perfeitamente legítima a verificação pelos tribunais da conformidade do processo legislativo com a Carta Política, para reusar aplicação ao ato do Parlamento e considerá-lo, para efeito como lei, no caso de inobservância do processo estabelecido pelo Estatuto básico, com maior razão se há de admitir esse exame quando se faculte ao juiz, no exercício de suas funções, aquele poder mais importante e mais grave, qual seja o de declarar a própria inconstitucionalidade da lei formalmente perfeita.

Inobservância de condição ou exigência

Relativamente à inobservância, pela lei, de uma condição específica imposta anteriormente discutido e agita novamente a questão do

può essere sindacato dall'autorità giudiziaria... "*il giudice nel caso pratico riterrà inapplicabile la pretesa dimostrazione legislativa, in non accettata dal Parlamento*".

¹³ Exemplo do exame da conformidade do texto publicado com o texto sancionado, encontra-se, entre nós, na sentença do eminente juiz ELMARNO CRUZ — brilhante pela cultura e notável pelo desassombro e pela inteligência moral — proferida no chamado caso dos consórcios telefônicos dos Ministérios, onde ficou apurado que, por um simples telefonema do então Chefe do Governo, Ministro JOSÉ LITHMANS, a lei que fixou os vencimentos daqueles funcionários técnicos foi publicada no *Diário Oficial* em desacordo com o respectivo texto sancionado e promulgado. Entendeu o juiz que deveria prevalecer o texto assinado e não a "aterração telefônica" feita pelo Sr. José LITHMANS (cf. sentença do juiz ELMARNO CRUZ, na 1.ª Vara da Fazenda Pública, no caso *Antonio Gonçalves de Oliveira v. União Federal*).

gran de obrigatoriedade das normas constitucionais. De acôrdo com a orientação por nós seguida, é claro que estabelecida uma condição para a existência ou eficácia da lei, a sua omissão acarreta a inconstitucionalidade do ato, não cabendo qualquer indagação sobre o caráter "essencial" ou meramente "ativo" ou "secundário" da exigência constitucional.

Ilustração dêsse fato encontra-se na jurisprudência dos tribunais americanos, ao apreciar a conformidade de certas leis ordinárias com a determinação de algumas Constituições estaduais no sentido de que nenhuma lei poderá conter no seu contexto matéria diversa da enunciada no seu título ou ementa.¹⁴ — dispositivo esse que, inequivocamente, tem feito muita falta entre nós.

A Corte Suprema de Ohio¹⁵ decidiu que esse preceito, embora muito importante, constitui mera regra de procedimento e orientação para a legislação, cuja observância não pode ser submetida ao controle do Judiciário, repousando a garantia contra a sua violação, apenas, no respeito dos legisladores pela Constituição e nos juramentos por estes prestados.

O juiz EMMOR combate esse ponto de vista, fundado no princípio de que não é possível considerar qualquer prescrição constitucional como simplesmente diretória e não imperativa, subtraindo-a, destarte, ao controle jurisdiccional.¹⁶ E LUMPKIN, da Corte Suprema de Geórgia, commungando des-sa opinião, mostra que não se deve entender a exigência constitucional como simplesmente destinada aos legisladores. Ao contrário, ela constitui matéria suscetível de apreciação pelo Judiciário, como qualquer outro dispositivo da Constituição.

¹⁴ Assim o dispõe, por exemplo, a Constituição de Geórgia, art. 1.º, seção 17: "Nor shall any law or ordinance pass containing any matter different from what is expressed in the title thereof." Consulte-se, sobre o assunto, o notável parecer do eminente Professor BRAC PINTO, in *Revista Forense*, vol. CXX, pag. 40.

¹⁵ *Pitt v. Nicholson*, 6 Ohio St. 176: "We are therefore of the opinion that in general the only safeguard against the violation of these rules of the houses is their regard for, and their oath to support, the constitution of the state".

¹⁶ *People v. Lawrence*, 36 Barb. 177.

E assim como os tribunais se recusam a aplicar uma lei que suspende o *habeas corpus* ou viola a liberdade de imprensa, ou a garantia de julgamento pelo júri, terão também que negar eficácia ao diploma que contém matéria diferente da prevista no seu título.¹⁷

Entre nós, problema semelhante poderá surgir no tocante à lei de orçamento, que, segundo o art. 73, § 1.º, da Constituição, "não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa para os serviços anteriormente criados". Se, todavia, o Congresso, desrespeitando o mandamento constitucional, voltar ao sistema das "caudas orçamentárias", é claro que os tribunais podem, e devem, recusar aplicação aos preceitos aí incluídos.

Da mesma sorte, no caso de ter sido vetado um projeto e de se ter verificado a rejeição do veto, podem os tribunais examinar a ocorrência da condição de ter havido, no caso, "dois terços de votos dos senadores e deputados presentes", imposta pelo art. 70, § 3.º, para que se considere aprovada a proposição. ** A mesma indagação poderá ser feita quanto a ter sido, ou não, *secreto* o voto, conforme exige o art. 43 da Carta Política. ***

O não cumprimento dessas prescrições torna inconstitucional a lei, pois não seria possível deixar a sua observância ao arbítrio exclusivo do Congresso, o que importaria em instituir o regime da soberania do Legislativo, com o completo aniquilamento do sistema político vigente, baseado na idéia da supremacia da Constituição.¹⁸

¹⁷ *Prothro v. Ort*, 12 Ga. 36: "We consider it as much a matter of judicial comitance as any other provision in that instrument. If the courts would refuse to execute a law suspending the writ of *habeas corpus* when public safety did not require it, a law violating of a statute which contained matter different from what was expressed in the title thereof".

* Art. 63 da Constituição de 1967.

** Art. 62, § 3.º, da Constituição de 1967.

*** Art. 62, § 3.º, da Constituição de 1967.

¹⁸ Vide, em contrário, WATSONHEAD, para quem as questões relativas à legitimidade, forma e número de votos constituem matéria

Suplemento da falta

Não se verificando qualquer condição de validade, a lei é inoperante, seja qual for a importância aparente da exigência constitucional, muito embora, em certos casos, seja perfeitamente possível considerar *suprida* a falta. Assim, *verbi gratia*, se um projeto de lei, apesar de haver sido rejeitado, for renovado, na mesma sessão legislativa, sem que a nova proposta haja sido inscrita pela "maioria absoluta dos membros de qualquer das câmaras", dever-se-á considerar suprida essa exigência se o projeto tiver sido objeto de consideração e for devidamente aprovado pela maioria.

Da mesma forma, se uma lei de criação de cargos ou de aumento de vencimentos tiver sua origem em qualquer das câmaras, independentemente da iniciativa do Presidente da República, requerida pelo art. 67, § 2.º, * poder-se-á considerar *suprida* a falta, se o Presidente da República, houver sancionado o projeto, convertendo-o em lei e, que, neste caso, a sanção importará na expressão "aquiescência" por parte do Presidente (Consl., art. 70). **

No caso, todavia, de sanção pelo silêncio (art. 70, § 2.º) ou de promulgação da lei pelo presidente ou pelo vice-presidente do Senado, a inobservância da cláusula constitucional permanecerá íntegra, justificando a declaração de ineficácia por parte dos tribunais. ***

Incompetência legislativa

Relativamente à inconstitucionalidade da lei em virtude de falta de competência constitucional do Congresso para expedir-la, vale considerar, inicialmente, o contraste existente entre o regime britânico e o dos países que, como o Brasil, adotaram a origem americana.

Na Inglaterra, o Parlamento é "omnipotente", dispõe de autoridade legislativa ilimitada — *unlimited legislative au-*

thority corporis, excluída da competência do Judiciário (cit. *Diritto delle Paridade*; trad. de FADDA e BENSÁ, Turim, 1930, vol. I, pág. 48).

** Art. 60, n.º II da Constituição de 1967.

*** Art. 62, §§ 2.º e 4.º da Constituição de 1967.

MANIFESTAÇÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE

thority.¹⁹ A sua jurisdição e o seu poder — diz Edward Coke — são tão transcendentes e absolutos que não podem ser confinados, seja por coisas ou por pessoas, dentro de quaisquer limites, sendo legítimo dizer a seu respeito que "si quisquam *tem species, est vetustissima; si dignitatem, est honoratissima; si jurisdictionem, est capacissima*.²⁰ Tamanha e tão completa é a sua autoridade, que De Lolme, em frase inócua, mas que se tornou corrente entre os comentaristas britânicos, afirmou: "constitui princípio fundamental para os ju-

¹⁹ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1897, pág. 39.

²⁰ Vide sobre o assunto as clássicas expressões de Blackstone, *Commentários*, pág. 160: "The power and jurisdiction of Parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds, And of this high court, he adds, it may be truly said, 'Si antiquitatem spectas, est vetustissima; si dignitatem, est honoratissima; si jurisdictionem, est capacissima.' It hath sovereign and uncontrollable authority in the making, confirming enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical or temporal, civil, military, maritime or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. All mischiefs and grievances, operations and remedies, that transcend the ordinary course of the laws, are within the reach of this extraordinary tribunal. It can regulate or new-model the succession to the Crown; as was done in the reign of Henry VII and William III. It can alter the established religion of the land; as was done in a variety of instances, in the reign of King Henry VIII, and his three children. It can change and create new laws; as was done by the act of union, and the several treaties that is not naturally impossible, and the several statutes for that purpose, and septennial elections. It can, in short, do everything that is not naturally impossible, and therefore some have not scrupled to call its power, by a figure rather too bold, the omnipotence of Parliament. True it is, that what the Parliament doth, no authority upon earth can undo. So that it is a matter most essential to the liberties of this kingdom, that such members be delegated to the important trust, as are most eminent for their probity, their fortitude, and their knowledge; for it was a known apophthegm of the great lord treasurer Burleigh, that England aponthegm of the great Parliament; and, as Sir Matthew Hale observes this being the highest and greatest court over which none other can have jurisdiction in the kingdom, if by any means a misgovernment should any way fall upon the subjects of this kingdom are left without all manner of remedy. To the same purpose the president Montesquieu, though I trust too hastily and perished, that as Rome, Sparta, and Carthage have lost their liberty and perished, so the constitution of England will in time lose its liberty, will perish. it will perish whenever the legislative power shall become more corrupt than the executive."

ristas ingleses que o Parlamento pode fazer tudo, salvo transformar um homem em mulher ou vice versa" — "It is a fundamental principle with English Lawyers, that Parliament can do everything, but make a woman a man, and a man a woman".²¹

Já o mesmo não pode ser dito dos órgãos legislativos nos países do tipo constitucional americano, porque aí os poderes do Parlamento cedem à supremacia da Constituição. Esta é que é absoluta, intangível, limitada, "paramount" e dela dimanam todos os poderes dos órgãos a que soberanamente deu vida e cujas funções definiu e limitou.

Dai, da estrutura mesma do governo, pelos próprios termos da concessão do Poder Legislativo, da organização da autoridade executiva, da instituição das principais Côrtes de Justiça, decorrem — como salientou o *Chief Justice DENTON*,²² da Corte Suprema de New York, limitações implícitas à autoridade legiferante, tão fortes como prescrições negativas ou proibições expressamente enunciadas.

A incompetência não decorre apenas do facto de faltarem ao Congresso poderes para legislar sobre determinado assunto, deixado, pela Constituição, ao poder dos Estados, mas, se verificará, também, sempre que o Legislativo invadir o campo específico das atribuições dos outros poderes federais. A lei, por exemplo, que pretender decidir uma contenda que, por sua natureza, cabe à jurisdição dos tribunais, será manifestamente inconstitucional, assim como a que, *verbí gratia*, estabelecer um regimento interno para os tribunais, em cuja competência se inclui a sua elaboração.

A matéria é, porém, das mais delicadas, porque, segundo de judiciosamente adverte *MARSHALL*,²³ ainda não foi possível, e provavelmente jamais o será, estabelecer, de modo nítido e preciso, até que ponto o poder de fazer a lei envolva, necessa-

²¹ *Apud* A. V. DICEY, ob. cit., pág. 41.

²² *People v. Draper*, 15 N. Y. 532: "create implied limitations upon the lawmaking authority as strong as though a negative was expressed".

²³ *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch. 87, 136.

riamente, outros poderes. Na grande maioria dos casos não será fácil afirmar, com plena certeza, que tenha havido, de facto, usurpação por parte da legislatura.

A respeito da atuação do Legislativo em face da Constituição, poder-se-á aplicar, *mutatis mutandis*, os ensinamentos doutrinários acêrca do *excesso* ou do *désvio de poder* da autoridade pública, em face do "*princípio da legalidade*", pelo qual se rege a Administração no Estado de Direito.

O Poder Legislativo, tal como a administração pública em face daquele princípio, está limitado ao círculo de atividades (Kreise von Tätigkeiten) que lhe traga a Constituição e quando o transpassa, por qualquer forma, procede *ultra vires*, sendo ineficaz, por contrário ao direito, o ato violador.

Violação de direitos e garantias

Quanto à violação de direitos ou garantias dos cidadãos, que constitui o último dos itens por nós enumerados, vale salientar que esse é, na grande maioria dos casos, o fundamento da alegação ou da declaração de inconstitucionalidade. Enquanto as hipóteses anteriormente examinadas são relativamente raras, as que se filiam a este grupo podem ser apontadas em grande escala.

A razão da ineficácia da lei, no caso em estudo, é manifestamente, dispensando, mesmo, maiores explicações. Se a Constituição garante aos cidadãos certos direitos-fundamentais, é claro que essa garantia se tornaria inócua ou illusória, se o poder público, por qualquer de seus órgãos, tivesse a faculdade de transgredi-los ou anulá-los, sem que o prejudicado pudesse obter dos tribunais o necessário abrigo ou amparo para a sua preservação.

Há mesmo quem entenda que esses direitos fundamentais da pessoa humana independem de declaração formal, tendo esse pensamento prevalecido na elaboração da Carta americana, na qual não foi incorporado nenhum capítulo sobre a declaração de direitos. Entendeu-se que, sendo o governo dos Estados Unidos um governo de poderes limitados, não era necessário incluir nenhum capítulo referente ao as-

sunto, uma vez que os poderes conferidos não autorizavam o governo a privar qualquer cidadão de algum daqueles direitos, cuja proteção e defesa constitui dever precípuo e razão mesma da existência da organização estatal. Pensou-se, então, que seria, na melhor das hipóteses, inócuo intervir no instrumento constitucional cláusulas negativas que proibissem ao Estado, por seus agentes, assumir tais poderes, uma vez que o próprio fato de a Constituição não os haver outorgado importava em colocar o seu exercício fora da autoridade constitucional de qualquer órgão do Estado.²⁴

HAMILTON não só entendia que a incursão do "Bill of Rights" na Constituição era desnecessária, mas, ia, mesmo além, afirmando que a considerava perniciosa — *would even be dangerous*. Por que dizer que certa coisa não pode ser feita pelo governo quando não se lhe concedeu poder para fazê-la? A própria Constituição, definindo os poderes de cada departamento do governo e contendo implícitas as necessárias imunidades relativas aos direitos fundamentais, é, em si mesma, sem necessidade de qualquer outra declaração expressa, um "Bill of Rights".²⁵

Não prevaleceu, todavia, integralmente, o ponto de vista de HAMILTON, porque foi, posteriormente, incluído em apêndice à Constituição o "Bill of Rights" que ele considerava desnecessário e perigoso. Também entre nós sempre se considerou indispensável cuidar expressamente da matéria, firmando-a aos azarres de inferências divindosas.

A verdade, porém, é que essa enunciação expressa daqueles direitos, cuja precisa definição jamais poderá, ser conseguida, deu origem às mais solenes e graves discussões no campo do direito constitucional, discussões essas que escapam ao objeto de nosso estudo. Os conceitos de "due process of law", de "liberdade" e de "igualdade perante a lei" ainda não

²⁴ COOLEY, ob. cit., pág. 311.

²⁵ ALEXANDER HAMILTON, cit. *The Federalist*, págs. 156-158. Também DROUOT considera esses direitos colocados acima das Constituições e admite, em relação a eles, a legitimidade do direito de resistência — "droit de résistance à l'oppression" (*Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1923, 2ª ed., tomo III, págs. 659 e segs.).

conseguiram fórmula verbal que os defina e traduza. Os limites sociais ao "direito de propriedade" ainda não alcançaram pouso definitivo para os seus marcos. A ideia de lei retrotrahira ou *ex-post-facto* continua dividindo a opinião dos juristas.

Não ingressaremos nesta *selva selvaggia*, pela qual não passa o caminho que seguimos neste ensaio, mas queremos pedir a atenção do leitor para os últimos desenvolvimentos da jurisprudência americana relativamente à ideia de "igualdade perante a lei" e que tem gerado várias controvérsias sópugnada na grande República do Norte.²⁶

Violação indireta

Vale considerar, aliás, que a ofensa a direito ou garantia constitucional não precisa decorrer direta e imediatamente das prescrições da lei, mas, para que esta seja ineficaz, basta que, por qualquer forma, ainda que *indireta ou mediatamente*, sejam atingidos e lesados aqueles direitos e garantias.

Assim, por exemplo, a lei que estabelece um imposto extorsivo, pode, conforme o caso, ser considerada inconstitucional por violar o direito de propriedade, desde que se demonstre que a legislação, ao exercer o poder tributário, embora dentro de sua competência constitucional, violou aquele direito, ao estabelecer um ônus fiscal *confiscatório*.

Concluindo, julgamos também de alvitre lembrar que, no que tangue às garantias, não se deve considerar apenas a violação daquelas expressa e claramente definidas na Constituição, mas, por força do seu art. 144, * todos os "outros

²⁶ Veja-se sobre o assunto LOUIS A. WARSOFF, *Equality and the Law*, New York, 1938. Entre nós, consultem-se o recente e erudito estudo de F. C. SAN TIAGO DAVRAS, "Igualdade perante a Lei e Due Process of Law", in *Revista Forense*, vol. 116, pág. 357, e o notável parecer de FRANCISCO CAMPOS, parcialmente publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. X, pág. 376. Cf. ainda PAULINO JACQUES, *Art. 150, § 35 da Constituição de 1967*.

Art. 150, § 35 da Constituição de 1967.

direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".²⁷

Garantias implícitas

Aqui não pode ser aceita a orientação da jurisprudência americana no sentido de que aos tribunais não cabe declarar a inconstitucionalidade simplesmente porque tenham sido violados direitos sociais, naturais ou políticos do cidadão, desde que estes não figurem entre os que a Constituição especial e expressamente garante e protege.²⁸ É que, no regime constitucional brasileiro, a enumeração de garantias não é taxativa, mas *exemplificativa*, em virtude do preceito do art. 144 da Constituição, * que afasta, no tocante à matéria, a aplicação do princípio de hermenêutica "*inclusio unius exclusio alterius*".

É verdade que, como salienta PONTES DE MIRANDA, "no momento humano que vivemos, não é fácil dizer-se quais os direitos, seguranças e garantias que o regime político democrático-liberal contém em si, implicitamente".²⁹ O próprio vocábulo *democracia* não possui conteúdo certo e definido e a sua raiz histórica, na obra de ARISTÓTELES, não tem o sentido que comumente se lhe atribui, uma vez que o filósofo grego não a considerou uma *forma ideal* de governo, como geralmente se diz, mas muito ao contrário, apontou-a como *forma* *prática*.³⁰

²⁷ Não se trata aqui de inconstitucionalidade baseada no "espírito da Constituição", que evidenciamos, linhas atrás, não ser passível de reconhecimento pelos tribunais. Cogita-se, na espécie, de garantia ou direito implícito, decorrente do regime democrático e republicano representativo.

²⁸ "Nor can a court declare a statute unconstitutional and void, solely on the ground of unjust and oppressive provisions, or because it is supposed to violate the natural, social, or political rights of the citizen, unless it can be shown that such injustice is prohibited or rights guaranteed or protected by the Constitution" (COOLEY, ob. cit., pág. 197).

* Art. 150, § 35 da Constituição de 1967.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946, ed. Boffoni, 1947, vol. III, pág. 386.

³⁰ Para ARISTÓTELES a forma pura do governo do povo era a "política" ou "politeia", que apresentava duas formas corruptas: a democracia e a demagogia. Não conseguimos descobrir ainda a razão

Cada alegação sobre o assunto há de ser examinada de per si, à proporção que for surgindo, pois ao jurista escapa a possibilidade de enumerar de antemão, sem omissões, todas aquelas garantias supra-constitucionais incluídas na fórmula imponderável dos "direitos naturais e inalienáveis",³¹ que se presumem intangíveis no regime democrático.

Em princípio pode-se dizer que esses direitos são, pelo menos, todos aqueles que se acham enumerados nos documentos universais onde, através da história, se afirmou e criou a idéia da democracia e cujos principais são os seguintes: a Magna Carta, de 1215; o *Bill of Rights* (Inglês), de 1689; a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (francesa), de 1789, e as 10 primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América (1791). Deve-se incluir, também, a 14.ª emenda à Constituição americana, em

por que grande número de autores, e a quase unanimidade no Brasil, atribui ao filósofo grego a classificação da democracia como *forma pura*, ao lado da aristocracia e da monarquia. A obra de ARISTÓTELES, principalmente *A Política*, é toda ela contusa e, por vezes, contraditória, mas, apesar disso, em nenhum passo deste último livro se encontra aquela afirmação que os autores gratuitamente divulgam. Consultamos não só as traduções nacionais, mas ainda as existentes em outras línguas acessíveis — francês, espanhol, italiano, alemão — face das afirmações concordantes dos autores nacionais, tinhamos encontrado num livro de HARVEY WALKER o trecho adiante: "Democracy, Aristotle's corrupted form of polity, has become the watchword which he described, modern democracy tends to approach the picture which he painted" (*Public Administration in the United States*, 1937, pág. 21). Logo depois, vimos repetida essa afirmação na *História das Ideias Políticas*, de RAYMOND G. CARTER (trad. brasileira de SALVEMO, 1941, pág. 68), e nos resolvemos, então, a recorrer à fonte. A nossa convicção, portanto, se baseia na pesquisa direta por nós efetuada.

³¹ Consultem-se sobre o tema dos "Direitos Naturais": ORANGE BAXTON, "Natural Rights", in *cit. Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. II, pág. 299; D. G. RITCHIE, *Natural Rights*, Londres, 1916; BENJAMIN FLETCHER WRIGHT, *Americana Interpretations of Natural Law*, Cambridge, 1931. Entre nós, consulte-se a tradução do Pe. NICOLAU P. ROSSETTI (*Curso de Direito Natural*) do livro de TAVAREM D'AZEVEDO, *Saggio Teoretico di Diritto Naturale Appoggato sul Fatto*, São Paulo, 1945.

cuja seção I se encontram as duas famosas cláusulas do "due process of law" e da "equal protection of the laws".

Sendo o nosso regime baseado precipuamente no americano, é manifesto que todas aquelas garantias que o direito constitucional dos Estados Unidos reconhece aos cidadãos americanos se incluem, também, *ex vi* do art. 144 * da nossa Constituição, entre os que assistem, necessariamente, aos cidadãos brasileiros. Esta conclusão é tanto mais importante quanto é certo que, em virtude dela, deverá ter plena aplicação entre nós a cláusula do "due process of law", que o legislador constituinte não enumerou expressamente.

Violado, portanto, direta ou indiretamente, algum direito ou garantia que a Constituição assegure expressamente ou que decorra da própria natureza do regime político vigente, a lei que o fizer estará estrada do viço de inconstitucionalidade.

A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Competência concorrente dos poderes

É princípio assente entre os autores, reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, ² que nulita sempre em favor dos atos do Congresso, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estado Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada. ³

Esse poder de interpretar o texto — pondera CASTRO NUNES — "é, aliás, inerente à aplicação de toda lei; porque

¹ WILLIAM METZER, *The Relation of the Judiciary to the Constitutional Law of the United States*, 2.ª ed., 1935, pág. 34; HENRY CAMPBELL BLACK, *cit. Handbook of American Constitutional Law*, 2.ª ed., 1897, pág. 61; THOMAS M. COOLEY, *cit. A Treatise on the Constitutional Limitations*, 6.ª ed., 1890, pág. 216; J. A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *México Brito, El Recurso de Inconstitucionalidad y su Jurisprudencia*, 1938, pág. 34; JAMES BRYCE, *cit. The American Commonwealth*, 3.ª ed., vol. I, pág. 397; RANDOLPH TUCKER, *The Constitution of the United States*, 1889, vol. I, pág. 379; JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal e Constituição Brasileira*, 2.ª ed., 1924, pág. 298; CARLOS MAXIMILIANO, *Comentarios a Constituição Brasileira*, 1929, pág. 118.

² *Tonnage Tax Cases*, 6.ª Par. St. 286; *Mayor of Baltimore v. Boat Co. v. Foster*, Ga. 184; *Stewart v. Superiors of Polk*, 30 Iowa, 9; *Kendall v. Kingston*, 5 Mass. 524; *Oleson v. Railway Co.*, 36 Wis. 383; *Sinking Fund Cases*, 99 U. S. 700; *Knight's Templars v. Jarmen*, 187 U. S. 197. Entre nós, vêde os acordãos do Supremo Tribunal Federal.

³ OSCAR SARAIYA entende que o julgamento da inconstitucionalidade é privativo do Judiciário, porque, se a este cabe, por força de preceito expreso, a função em apreço, nenhum dos outros poderes tem competência para exercê-la "sob pena de se confundirem as

* Art. 150, § 35 da Constituição de 1967.

a aplicação pressupõe a exegese, como operação preparatória do desenvolvimento da regra legal ou da expedição do ato. Quer o Poder Legislativo, com as luzes de suas comissões técnicas, quer o Executivo, esclarecido pelos precedentes judiciais e por outros subsídios de informação jurídica, fixam para as necessidades do desempenho de suas funções respectivas o entendimento das cláusulas constitucionais. Daí resulta que as leis do Congresso e os atos de igual força, ainda que emanados do Executivo, são, quando arguidos de inconstitucionais, presumidamente válidos? ⁴

Violação clara, completa e inequívoca

Os legisladores, — insiste Black, ⁵ — do mesmo modo que os juizes, estão obrigados a obedecer e cumprir a Constituição, e deve-se entender que eles medem e pesam, convenientemente, a validade constitucional dos atos que elaboram. Em consequência, toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela. — *every reasonable doubt must be resolved in favor of the statute, not against it.* E os tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca — *clear, complete and unmistakable.*

Essa precaução já fora reclamada pelo próprio MARSHALL, no julgamento do caso *Fletcher v. Peck*, ⁶ onde o grande juiz mostrou que a questão de se verificar se uma lei é incompatível com a Constituição é sempre uma questão muito delicada.

atribuições destes, o que a nossa Constituição veda, ao prescrever no seu art. 36 a sua separação e independência" (parecer in *Revista Federal*, 116, pág. 42). Não acolhemos, todavia, esse entendimento do *Chief Justice* esclarecido jurista, que se choca, aliás, com a opinião unânime dos doutores. Danno-lhe razão, apenas, quando nega aos funcionários administrativos competência para se recusar a aplicar uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade. É que a sanção presidencial afasta qualquer possível manifestação dos funcionários administrativos, que não dispõem do exercício do poder executivo.

⁴ CASTRO NUNES, cit. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, página 590.

⁵ HENRY CAMPBELL BLACK, cit. *Handbook of American Constitutional Law*, pág. 61.

⁶ *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch, 87.

da — *is at all times a question of much delicacy* — que deve raramente, quicá, nunca, ser decidida pela afirmativa num caso duvidoso. Os tribunais, quando compelidos a se manifestar sobre a matéria, não podem fundar-se em vagas conjecturas para declarar que o Legislativo excedeu os seus poderes e que o ato expedido deve ser considerado inválido. O conflito entre a lei ordinária e a Constituição deve ser de tal ordem que o juiz sinta a convicção clara e forte da incompatibilidade entre uma e outra — *a clear and strong conviction of their incompatibility with each other.*

Também o Justice WASHINGTON, no caso *Ogden v. Saunders*, ⁷ seguindo a mesma orientação, sustentou que se há de presumir sempre a validade e a eficácia da lei até que a violação da Carta Constitucional seja provada além de toda a dúvida razoável — *is proved beyond any all reasonable doubt.*

Em consequência dessa presunção, tem-se entendido, por outro lado, que os tribunais, antes de fulminar a lei com a declaração de inconstitucionalidade, devem procurar interpretar a lei de tal modo que se torne possível harmonizá-la com a Constituição. E somente no caso de se tornar isso de todo impraticável é que se poderá reconhecer a ineficácia do diploma impugnado.

Dupla interpretação

Uma vez que o conflito entre a lei e a Constituição não deve ser presumido — adianta COOLEY — segue-se, necessariamente, que as Cortes devem, se possível, dar à lei interpretação tal que lhe permita manter-se válida e eficaz — *the court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect.* ⁸ Isto, aliás, nada mais é do que afirmar que os tribunais devem interpretar a lei de acordo com a intenção da legislação, que só poderia ser a de elaborar um diploma capaz de produzir efeito jurídico e não um que se tornasse inoperante e nulo.

⁷ *Ogden v. Saunders*, 12 Wheat. 213.

⁸ THOMAS M. COOLEY, cit. *A Treatise on the Constitutional Limitations*, pág. 218.

Destarte, se uma lei pode ser interpretada em dois sentidos, um que a torna incompatível com a Lei Suprema, outro que permite a sua eficácia, a última interpretação é a que deve prevalecer. Assim o tem decidido reiteradamente a Corte Suprema americana, sustentando que, na hipótese aventada, é dever preciso do juiz *it is our plain duty* — adotar a exegese que salve a lei da inconstitucionalidade.⁹

Essa é, aliás, a orientação unânime adotada pelos países que admitem o controle jurisdiccional, merecendo citação a decisão do Tribunal Supremo de Cuba, de 6 de outubro de 1938, onde o assunto logrou amplo tratamento doutrinal, concluindo-se por tornar expressa, de forma incisiva e categórica, a regra acima enunciada: "*cuando una ley admite dos interpretaciones, una acorde con la Constitución y otra incompatible con ella, ha de optarse por la primera*".¹⁰ Também a jurisprudência argentina é pacífica a respeito, desde o "leading case" *Belloq y Duráñona v. Ferrrocarril del Sud de B. A.*¹¹ Da mesma forma, entre nós, a questão não comporta dúvidas.¹²

É mister, no entanto, como judiciosamente adverte WILCOUGHBY,¹³ que, para se chegar à interpretação favorá-

⁹ "It is elementary when the constitutionality of a statute is assailed, if the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it would be unconstitutional and by the other the statute from constitutional infirmity (Knights Templars Indemnity Co. v. Jarman, 187 U. S. 197). And unless this rule be considered as meaning that our duty is to first decide that a statute is unconstitutional and then proceed to hold that such ruling was unnecessary because the statute is susceptible of a meaning which causes it not to be unconstitutional it not to be repugnant to the Constitution, the rule plainly must mean that where a statute is susceptible of two constructions, by one of which grave and doubtful constitutional questions arise and by the other of which such questions are avoided, our duty is to avoid the latter" (United States v. D. & H. Ry. Co., 213 U. S. 366).

¹⁰ Sent. n.º 36, de 6 de outubro de 1938, in CARLOS M. PEREDA Y PIEDRA, *La Constitución y el Tribunal Supremo*, 1943, pág. 156.

¹¹ S. C. N., tomo 68, pág. 295.

¹² Ver CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenéutica e Aplicação do Direito*, 1925, pág. 314.

¹³ "Where, however, the scope of the law is plainly expressed, and as such is unconstitutional, the court will not resort to a strained or arbitrary interpretation, in order to render the law valid" (W. W. WILCOUGHBY, *Op. cit.*, pág. 32).

vel à eficácia da lei, não se faça violência às palavras efetivamente usadas no texto — *without doing too great violence to the words actually used*,¹⁴ pois, quando a *mens legis* é clara e, na sua eloquência, colide com a lei suprema, não é lícito aos tribunais recorrer a uma interpretação forçada ou arbitrária para tornar a lei válida.

Opinião do Autor

Assim expostos os fundamentos doutrinais e jurisprudenciais da regra de presunção de constitucionalidade, bem como seus efeitos e consequências mais próximos, não queremos encerrar este capítulo sem manifestar o nosso ponto de vista, divorciado da opinião dos doutores, de que não existe, nem se justifica, aquela presunção.

A lei é sempre tida como válida não porque a sua constitucionalidade tenha sido objeto de exame pelas comissões técnicas do Parlamento, nem porque se deva presumir que este procure sempre agir com pleno respeito à óbilta constitucional de seus poderes. Não. Ela, desde que se apresenta formalmente perfeita, há de ser considerada boa, firme e válida, como qualquer outro ato do poder público, ou qualquer ato jurídico, na órbita privada, até que a sua ineficácia ou nulidade seja reconhecida ou declarada pelos tribunais. Se um ato qualquer apresenta as exigências formais extrínsecas necessárias à sua validade, é claro que, mesmo elvado de vícios que o tornem anulável, ele subsiste até a declaração contrária feita pelo Judiciário. Embora esta possa produzir efeito *ex nunc*, o fato é que, sem ela, o ato subsistirá, podendo mesmo convalescer pela prescrição.

A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei — não se presume lei — é para todos os efeitos. Submete ao seu império todas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra

¹⁴ "Without doing violence to the fair meaning of words", disse a Corte Suprema americana no caso *Grenada Co. Superintors v. Brogden*, 112 U. S. 261 — "without stopping to inquire what construction might be warranted by the natural import of the language used", prescreveu a Corte de New Hampshire, in *Dow v. Norris*.

aquela *força formal* que a torna *irrefragável*, segundo a expressão de OTTO MAYER.¹⁵

Aliás, em relação à lei, ocorre ainda situação diversa da que se manifesta no tocante aos atos jurídicos públicos ou privados, e que reforça a idéia de sua eficácia enquanto não declarada por via jurisdicional. É que, em relação a ela, existe o princípio da *obligatoriedade*, que constitui, dentro de qualquer doutrina de direito público, a garantia e a segurança da ordem jurídica.

Sendo a lei *obligatória*, por natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fosse furta-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, *não se presume válida*: ela é válida, eficaz e obrigatória.

Isto não importa dizer, no entanto, que se devam dispensar aquelas outras regras que, normalmente, se apontam como decorrentes da presunção de constitucionalidade. A ineficácia da lei somente há de ser declarada quando a incompatibilidade e a colisão com a Carta Constitucional resultar clara, inequívoca, indiscutível, não podendo existir a respeito qualquer dúvida razoável.

A boa doutrina é, indubitavelmente, a que foi acolhida pela lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que, sem se referir à suposta presunção *supra et retro* contestada, só facultava aos juizes ou tribunais deixar de aplicar as leis "*manifestamente inconstitucionais*".

¹⁵ OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, 1903, tomo I, Pág. 80.

TÉCNICA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — MEIOS DE PROVOCAR O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Dois tipos de controle jurisdicional

Costumam os autores, que têm procurado sistematizar o assunto, classificar o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis em dois grandes tipos fundamentais, bem diferentes quer quanto ao seu mecanismo, quer quanto aos seus efeitos:

a) controle por via de ação; b) controle por via de exceção.

O primeiro — *por via de ação* — supõe um processo intentado *diretamente* contra o ato inconstitucional. A pessoa que se considera lesada — dizem BARTHÉLÉMY-DUZE —¹ toma a ofensiva e pede ao juiz a anulação do ato. No controle, por via de exceção, o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a se defender contra ele, se a autoridade tenta submetê-lo à sua aplicação. Pede, apenas, ao juiz, em uma demanda determinada, que, para decidir a questão *sub specie juris*, considere inexistente a lei reputada inconstitucional.

¹ JOSEPH BARTHÉLÉMY et PAUL DUZE, cit. *Traité de Droit Constitutionnel*, pág. 208: "La voie de l'action et la voie de l'exception. — Ce contrôle se présente d'ailleurs sous deux formes bien différentes quant à leur mécanisme et quant à leur portée: 1.º, contrôle par voie d'action; 2.º, contrôle par voie d'exception."

La voie de l'action suppose le procès direct de l'acte inconstitutionnel; celui qui est lésé par l'acte qui prétend inconstitutionnel prend l'offensive et défère cet acte à un juge aux fins d'annulation: il fait tuer l'acte inconstitutionnel. La voie de l'exception n'entraîne qu'indirectement le procès de l'acte. L'individu lésé, au lieu d'attaquer l'acte des l'abord, se borne à se défendre contre cet acte si on veut lui en faire application. Il demande seulement au juge, dans une espèce déterminée soumise à ce dernier, qu'il ne soit pas fait état naître: le juge n'annule plus l'acte; il refuse simplement d'inconstitutionnalité, d'appliquer l'acte — qui, par ailleurs, subsiste — à une espèce litigieuse concrète."

