

No primeiro caso, o juiz, conhecendo da alegação da parte e julgando-a procedente, cassa ou anula o ato, suprimindo-lhe todos os efeitos; na segunda hipótese, o juiz não anula ou invalida o ato, limitando-se, apenas, a recusar-lhe aplicação a uma espécie litigiosa concreta.

Contrôle por via de ação Exemplo do contrôle jurisdiccional por via de ação encontra-se na Suíça, ² relativamente aos atos e leis expedidos pelas autoridades dos cantões. O *Tribunal Federal* conhece dos recursos apresentados por qualquer pessoa, — ainda que se trate de incapaz ou estrangeiro, — dá curso ao processo *gratuitamente* e, julgando-o procedente, anula *erga omnes* o ato julgado inconstitucional. A *Austria* fornece-nos exemplo ainda melhor, no tocante à competência do *Bundesgerichtshof* para decretar a inconstitucionalidade de leis não somente estaduais, mas, também, do governo federal — *die Bundes und Landesgesetze*. Provocado por outro tribunal, pelo próprio governo, ou por qualquer cidadão interessado, o tribunal decreta a inconstitucionalidade, *pondo termo à vigência da lei*, e fazendo entrar novamente em vigor as leis revogadas pelo ato julgado inconstitucional. Daí decorre que, de acordo com a Constituição austríaca, as leis inconstitucionais não são atos nulos, irrelevantes — *verfassungswidrigen Gesetze nicht etwa nichtige irrelevantte Akte sind* — porque esses atos não seriam, de modo algum, suscetíveis de serem postos fora de vigor, mas tais leis, embora injurídicas, — *rechtswidrig*, — são atos juridicamente válidos, plenamente obrigatórios — *verbindliche Akte sind* — até que a decisão do *Bundesgerichtshof* as declare inconstitucionais e lhes cesse a vigência. ³

² Note-se bem que esse poder do *Tribunal Federal* se exerce apenas em relação aos atos dos cantões, falcendo-lhe competência para julgar da constitucionalidade das leis votadas pela *Assembleia Federal*.

³ LUDWIG ADAMOVICH, cit. *Grundriss des Österreichischen Staatsrechtes*: "Im übrigen ist nur der *Bundesgerichtshof* unter dem im Art. 170 Verf. bezeichneten Voraussetzungen berechtigt, die von ihm als *verfassungswidrig* erkannten *Bundes- und Landesgesetze* aufzuheben, d. h. mit *Wirkamkeit ex nunc* aus der Rechtsordnung zu eliminieren. Da die mit der *Verfassung* im *Widerspruch* stehenden *Bundes- und Landesgesetze* vom *BGH*. "aufgehoben" werden, erscheint auch fest-

Em nosso continente, podem-se citar entre os países que permitem o contrôle *por via de ação*, o México, ⁴ a Nicarágua, ⁵ e Cuba, ⁶ merecendo especial referência a legislação deste último sobre o chamado "*recurso de inconstitucionalidad*".

Contrôle por via de exceção O exemplo mais frisante do sistema de contrôle *por via de exceção* fornecem-nos os Estados Unidos da América, onde, todavia, segundo já tivemos oportunidade de salientar, a jurisprudência evoluiu num sentido mais liberal. O Brasil seguiu a mesma trilha, ao recusar ao Judiciário o poder de declarar *nulo* um ato do Congresso. Sentenças não podem anular leis — dizia o grande *FUI*: "Uma coisa é declarar a nulidade. Outra, anular." Declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua inconstitucionalidade com a Constituição, lei primária e suprema. Não de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese alguma, como conclusão da sentença e objeto do julgado".

Técnica da declaração de E' a isso que CASTRO NUNES denomina inconstitucionalidade a "técnica da declaração de inconstitucionalidade". O juiz reconhece o conflito, declara a incompatibilidade entre a lei suprema e a ordinária e, *ipso facto*, nega aplicação a esta, considerando-a inexistente para reger a questão jurídica submetida a seu julgamento. ⁷

Gestellt, dass nach der österreichischen Verfassung verfassungswidrige Gesetze nicht etwa nichtige, irrelevantte Akte sind, da solche einer Aufhebung überhaupt nicht fähig wären, dass vielmehr alle verfassungswidrigen Bundes- oder Landesgesetze zwar rechtswidrige, aber so lange rechtliche voll verbindliche Akte sind, bis sie etwa durch ein Erkenntnis des BGH. als verfassungswidrig erkannt und aufgehoben werden".

⁴ Constituição de 1917, arts. 103 e 107. Carta Constitucional de 1857, art. 101.

⁵ Constituição de 1905, art. 93, 3.º

⁶ Ley Constitucional de 3 de fevereiro de 1934, art. 38.

⁷ CASTRO NUNES, *op. cit.*, pág. 588.

A necessidade de um processo *em curso*, de uma *causa* em andamento, para que o problema da inconstitucionalidade seja considerado pelos tribunais, polariza a atenção e o cuidado dos juristas. E não se admite — como diz RUI,⁸ expressando a opinião dominante — que se faça um processo exatamente com aquele fito, para que a ineficácia da lei consista “conclusão da sentença e objeto do julgado”.

Esse entendimento, que embebe profundamente suas raízes na tradição constitucional brasileira, decorre precipuamente das lições dos mestres americanos divulgadas entre nós, lições essas proferidas antes da evolução da jurisprudência dos Estados Unidos e antes do desenvolvimento que teve em outros países a ação declaratória de inconstitucionalidade.

Efetivamente, BLACK,⁹ COOLEY¹⁰ e WILLOUGHBY,¹¹ para citar, apenas, os três maiores constitucionalistas americanos,

⁸ RUI BARBOSA, *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, vol. I, pág. 103.

⁹ “The Judicial tribunal will decline to exercise this high office unless it becomes necessary in order to determine the rights of parties in a real and antagonistic controversy. It never was thought that by means of a friendly suit, a party beaten in the legislature could transfer to the courts an inquiry as to the constitutionality of the legislative act” (BLACK, *op. cit.*, pág. 58).

¹⁰ COOLEY, *cit. Constitutional Limitations*, pág. 196: “Neither will a court, as a general rule, pass upon a constitutional question, and decide a statute to be invalid, unless a decision upon that very point becomes necessary to the determination of the cause. While courts cannot shun the discussion of constitutional questions when fairly presented, they will not go out of their way to find such topics. They will not seek to draw in such weighty matters collaterally, nor on trivial occasions. It is both more proper and more respectful to a co-ordinate department to discuss constitutional questions only when that is the very *lis mota*. Thus presented and determined, the decision carries a weight with it to which no extra-judicial disquisition is entitled. In any case, therefore, where a constitutional question is raised, thought it may be legitimately presented by the record, yet if the record also presents some other and clear ground upon which the court may rest its judgment, and thereby render the constitutional question immaterial to the case, that course will be adopted, and the question of constitutional power will be left for consideration until a case arises which cannot be disposed of without considering it, and when consequently a decision upon such question will be unavoidable”.

¹¹ W. W. WILLOUGHBY, *cit. Principles of the Constitutional Law of the United States*, pág. 25.

e o jurista inglês BRYCE,¹² cuja obra teve ampla divulgação entre nós, são acordes em recusar aos tribunais o direito de examinar o assunto *em tese*, isto é, de apreciar a inconstitucionalidade quando esta não seja uma preliminar para a decisão de uma demanda concreta.

Mas depois desses ensinamentos, baseados precisamente na jurisprudência dos tribunais, esta começou a se movimentar em outro sentido, rompendo os diques que as primitivas decisões haviam oposto à jurisdição. O estudo de GEORGE JAFFIN,¹³ por nós inicialmente citado, bem como o exame que fizemos do assunto,¹⁴ evidencia a evolução jurisprudencial, particularmente a partir de 1933. Foi neste ano que, ao decidir o caso *Nashville C. and St. Louis Railway v. Wallace*,¹⁵ entendeu-se plausível a *ação declaratória* para o reconhecimento da inconstitucionalidade.

Já anteriormente, aliás, se havia dado um grande passo neste sentido, ao sustentar a Corte Suprema que não era mister aguardar a aplicação da lei para que o lesado pudesse agir. Era de justiça, como disse BENJAMIM CAROSO, deixar “que o prejudicado chorasse antes de sentir a dor”, recorrendo ao Judiciário para evitar que a lesão se consumasse. “A ação iniciada para impedir o cumprimento de uma lei antes de manifestados os passos tendentes à sua aplicação não é pre-matura, — disse o Justice SUTHERLANDS — quando certo que “a lei terá o efeito temido pelo impugnante”.¹⁶

Ora, em face desse desenvolvimento da doutrina em que se baseia a orientação tradicional brasileira, nada impede, a

¹² JAMES BRYCE, *cit. The American Commonwealth*, vol. I, pág. 260.

¹³ GEORGE JAFFIN, “Evolução do Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis nos Estados Unidos”, in *Revista Forense*, vol. 36, pág. 280.

¹⁴ Vide retro, págs. 22 e segs.

¹⁵ 288 U. S. 249. Ver, ainda, *Aetna Life Insurance Co. v. Haworth*, 300 U. S. 227.

¹⁶ *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U. S. 238: “A suit to enjoy the enforcement of a statute, before the taking of any steps to enforce it, is not premature where the statute is certain to operate as apprehended by the complainant”.

meu ver, seja seguido entre nós o mesmo caminho evolutivo aberto pelos tribunais dos Estados Unidos.

Ação declaratória Os termos usados pela Constituição brasileira estão quase a aconselhar que se enverede pela estrada mais liberal, pois ali não se fala em "recusa de aplicação" ou "abandono" da lei contraventora, mas, precisamente, em "*declaração*" de inconstitucionalidade: "Só pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os tribunais *declarar* a inconstitucionalidade de lei".

Entendemos que, hoje, sem necessidade de modificação da legislação vigente, a ação declaratória já é *cabível*, estando, apenas, subordinada à demonstração de *legítimo interesse* por parte do autor. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, embora sem se referir expressamente à tese, tem discutido a inconstitucionalidade em certas ações que, na verdade, não passam de meras declaratórias.

Assim, por exemplo, no caso *Maria Augusta Ramos dos Santos e outros v. União Federal*¹⁷ tratava-se de uma ação ordinária proposta para que a União fôsse "condenada a se abster de desapropriar as terras dos autores, pagando a indenização prescrita no art. 5.º do dec-lei n.º 893, de 1938". Não havia nenhum ato de desapropriação, mas, simplesmente, a *possibilidade* de ser aplicada uma lei que os autores reputavam infringente da Constituição. O Supremo Tribunal Federal discutiu a alegação apresentada, sem qualquer dúvida quanto à propriedade da ação, embora julgasse imprudente a arguição feita. Na verdade, a demanda intentada era, por sua natureza, meramente declaratória.

O que se infere daí é, precisamente, que os tribunais não admitem a ação que tenha por fim, apenas, declarar a inconstitucionalidade sem qualquer ligação com uma hipótese concreta. Mas, desde que exista, ou possa existir, um litígio e para sua decisão seja mister o exame da eficácia da lei, pouco importa a forma processual adotada. E', aliás, a ori-

¹⁷ Apelação civil n.º 8.427 — Rio de Janeiro — Relator, ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

entação nova traçada pela Córte Suprema americana: "a Constituição não exige que o caso ou controversia se apre-sente dentro das formas tradicionais do processo... basta que guarde os característicos do procedimento contraditório e que envolva controversia concreta, não hipotética".¹⁸ E', também, praticamente, o que afirmou o ministro CASTRO NUNES, em magistral voto: "Em qualquer processo, seja de que natureza fôr, é possível levantar a questão constitucio-nal, em qualquer ação, qualquer processo, sem exceção, até "por via de reclamação".¹⁹

Apesar disso, não temos notícia de que o exame da inconstitucionalidade em *ação declaratória* haja sido objeto de discussão nos tribunais, não tendo encontrado nos repositórios de jurisprudência qualquer menção à tese. Reafirmamos, todavia, a nossa convicção de que reputamos perfeita-mente cabível essa forma de procedimento, desde que o autor demonstre o seu legítimo interesse relacionado a uma situa-ção jurídica real.²⁰

Há, todavia, um caso em que esse "legítimo interesse" não precisa ser demonstrado: aquêle em que o ato seja lesivo ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. E' que, nesta hipótese, tem cabimento a ação popular,²¹ en-tendendo-se que qualquer cidadão é parte legítima para in-terentá-la.²²

¹⁸ Cit. *Nashville C. and St. Louis Railway v. Wallace*, 288 U. S. 249.

¹⁹ Mandado de segurança n.º 846 — Impetrante, Confederação Nacional dos Trabalhadores do Brasil; relator, LAFAYETTE DE ANDRADA (9-7-1947).

²⁰ Assim também pensa EDUARDO J. DE ARECHAGA (HIJO), profes-sor da Faculdade de Direito de Montevideu, ao examinar a matéria em face da Constituição uruguaia: "diante do desenvolvimento histórico de que nos informa JAFFIN, os antecedentes argentinos perdem sua possível transcendência. E não se diga ser necessário — para que valha entre nós o exemplo americano — que se baixe uma lei que ad-mita a sentença declaratória, porque esta já é plenamente reconhe-cida pela nossa jurisprudência... ("A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade na Constituição Uruguaia de 1934", in *Revista Forense*, vol. 86, pág. 293).

²¹ Ver sobre "Ação Popular" o magistral estudo de SEABRA FA-GUNDES, in *Revista Forense*, vol. 112, pág. 5.

²² Constituição Federal de 1946, art. 143, § 38.

Tal pensamos em face da lei vigente. Mas o nosso desejo é que o legislador ordinário, partindo do dispositivo constitucional, estabeleça, em modo amplo, a ação declaratória para o reconhecimento da inconstitucionalidade, facultando o seu exercício a qualquer cidadão. Os termos da Carta Política não só não impedem, como até favorecem a solução preconizada, e a garantia consignada no § 3.º do art. 143 não se opõe a que se estenda a ação popular a casos não previstos na Constituição. A "declaração de direitos" constitui *um máximo*, que a lei ordinária *não pode restringir*, mas tem a facultade de ampliar em benefício do indivíduo e dos ideais democráticos.

Obrigar o cidadão a aguardar que a lei seja aplicada, que a lesão tenha lugar, ou que se manifeste grave ameaça ao seu direito, afigura-se-nos inteiramente contrário ao bom-senso e aos interesses de ordem jurídica. Se uma construção estiver se erguendo sem os requisitos técnicos e puder, no futuro, prejudicar a segurança dos prédios vizinhos, o juiz — como adverte ARECHAGA²³ — não dirá a estes que esperem pela ocorrência do desastre ou pela concreta ameaça do desabamento.

Ele agirá logo, na preservação dos interesses remotamente ameaçados. Assim, deve-lhe ser facultado agir, também, quanto à lei inconstitucional, permitindo-lhe que evite o dano, em vez de obrigá-lo a aguardar impassível a lesão ao direito individual para, então, tentar *remediá-la*.

Vale assinalar, aliás, que, em grande número de casos, essa apreciação da inconstitucionalidade da lei pode ser feita, em caráter *preventivo*, por intermédio dos dois recursos heróicos que a nossa Constituição provê para a defesa da liberdade e dos direitos individuais: o *habeas corpus* e o *mandado de segurança*.²⁴

²³ EDUARDO J. DE ARECHAGA (HIJO), *op. cit.*, pág. 297.

²⁴ Um e outro pressupõem, todavia, uma situação jurídica líquida e certa, verificável *de plano*, sem necessidade de maiores indagações no tocante à matéria de fato. Não cobrem, por consequência, o campo daquelas outras ações em que a própria situação jurídica em causa é ilíquida e controvertida, justificando, assim, o nosso empenho em admitir a ação declaratória.

«*Habeas corpus*» Em relação ao primeiro, embora se possam apontar alguns julgados esparsos em sentido contrário, não há dúvida que a orientação jurisprudencial se inclina, clara e nitidamente, no sentido de considerá-lo meio processual idóneo, sempre que, em face de violência ou coação, atual ou iminente, alguém alegar a inconstitucionalidade de ato que lhe coarctar a liberdade de locomoção, ou da lei em que este se funde.

Admite-se o *habeas corpus* preventivo, quando ainda não se concretizou a violência ou a coação, mas existe, apenas, simples *ameaça* à liberdade do paciente, entendendo-se, reiteradamente, ser cabível aí o debate de questão constitucional. O próprio ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que, invocando o texto expreso da Carta Política, nega essa possibilidade nos processos de mandado de segurança, nenhuma restrição faz ao *habeas corpus*,²⁵ deixando de observar, *data venia*, a coerência que estamos habituados a encontrar nos luminosos trabalhos que trazem a marca de sua formosa inteligência.

Mandado de segurança No tocante ao mandado de segurança, é, também, pacífica a jurisprudência, muito embora não o admita senão quando fundado num *ato de execução* da lei, negando sua propriedade "para um ato que frontal e direto ao ato legislativo". Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal indeferiu mandado de segurança impetrado para o fim de se declarar, em tese, sem referêcia a nenhum fato concreto, a inconstitucionalidade das chamadas leis do inquilinato. O ato legislativo só poderá ser objeto de exame *por via de consequência*, isto é, quando a alegada inconstitucionalidade do ato se fundar na inconstitucionalidade da lei.²⁶

²⁵ Veja-se, por exemplo, o *habeas corpus* n.º 30.355, em que foi paciente Alfredo Cardoso Alves.

²⁶ Vêde os brilhantíssimos votos do ministro GROSZIMRO NONATO, nos mandados de segurança ns. 768, ac. de 4-12-1946, e 767, ac. de 5-7-1947.

CASTRO NUNES, porém, mui judiciosamente, pondera que esse princípio do não cabimento do mandado de segurança contra a lei em tese não deve ser entendido em termos absolutos. "Em se tratando de leis proibitivas, parece, ao primeiro exame, haver uma exceção à regra, porque o objeto do pedido será a remoção da proibição, sem necessidade de ato formal da autoridade a que caiba a execução da lei impugnada. O que se pede é um *facto* negativo — *não obstar* — que se resolve, aliás, como toda negação, numa afirmação contrária — *permitir*. Via de regra, a autoridade deve ser provocada antes de requerida a segurança e será a sua recusa o ato impugnado. Poder-se-á, entretanto, entender que a omissão, se justificável por motivo de urgência, estará suprimida com a resposta ou justificação da autoridade, a qual traduzirá a *recusa*. Também nos casos de segurança *preventiva*, em que se receie a prática de ato ou proibição *inconstitucional* fundada na lei. O ataque se dirige, já então, a um ato ainda *inexistente*, mas *presumido*, a ser evitado ou exigido. São hipóteses que envolvem temperamentos na aplicação da regra da inadmissibilidade da segurança contra a lei em tese".²⁷

O ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, aliás, conforme já assinalamos, não admite, em hipótese alguma, no mandado de segurança, o exame da inconstitucionalidade da lei, entendendo que o amparo não pode ser concedido desde que o ato impugnado se baseie em disposição legal. Argumenta o ilustre professor, principalmente, com a mudança de linguagem operada da Constituição de 1934 para a Constituição de 1946, pois, enquanto a primeira admitia o remédio contra a "inconstitucionalidade" ou contra a "ilegalidade" do ato, esta, a de 1946, omitiu — a seu ver, *propositadamente* — a expressão *inconstitucionalidade*, "como que para significar que o legislador só admitiria, daí por diante, o mandado de segurança contra o ato ilegal. Se a autoridade pode demonstrar que o seu ato se funda na lei, afastado está, *ipso*

²⁷ CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*, 2.^a ed., 1948, página 107, nota 18.

"*facto*, o remédio constitucional. E, como somente se admite aquele recurso contra o ato ilegal ou abusivo, é "inviável, no processo de mandado de segurança, a controvérsia em torno da constitucionalidade da lei".²⁸

Essa opinião, todavia, não só "não merece prosperar", como o disse no seu estilo personalíssimo o ministro OROZIMBO NONATO, como, também, afigura-se nos de todo imprecidente e infundada, apesar do indiscutível brilho com que foi exposta.²⁹

²⁸ Voto do ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, no mandado de segurança n.º 767, ac. de 9-7-1947.

²⁹ A resposta dada pelo ministro CASTRO NUNES à tese do ministro HAHNEMANN GUIMARÃES é, realmente, definitiva, como se vê do voto abaixo transcrito: "O assunto já foi debatido por votos que me cederam, particularmente no voto do Sr. ministro OROZIMBO NONATO, que está de acordo com diretrizes já adotadas por este Supremo Tribunal, ainda antes da atual Constituição e ao tempo da Constituição de 1934, em que a mesma questão foi suscitada e decidida várias vezes.

"A ilegalidade de que fala o atual texto constitucional deve ser entendida em seus termos mais amplos, de modo a não frustrar o objetivo, a finalidade do mandado de segurança, ilegalidade genérica, no seu mais alto sentido, abrange também o conflito, do ato da lei, com a norma constitucional, ainda porque a Constituição é, também, uma lei — a lei magna, a lei tronco, a lei do país. De modo que, de qualquer maneira, ainda mesmo pôsto no plano constitucional, não está excluído o mandado de segurança. Se o ato tem por suporte a lei, é um ato executivo da lei, é necessário, então, para ajuizar da legalidade ou legitimidade do ato, transpor do plano legal para o constitucional.

"Objetou, entretanto, o Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES que a linguagem da Constituição atual é diferente da antiga e que essa diferença terá sido propositada, procurada pelo legislador, para evitar o exame da constitucionalidade dos atos, em mandado de segurança.

"Dirijo de S. Ex.^a. Basta conferir os dispositivos — e eu cito de memória os dois textos, pedindo que me retifiquem, se minha memória falhar — a Constituição de 1946, § 22, repete a disposição antiga, referente ao *habeas corpus*, "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer constrangimento ilegal", logo a seguir, no § 24, acrescenta: "todo aquele que tiver direito líquido e certo que não seja amparado por meio do *habeas corpus*, poderá requerer mandado de segurança, seja qual for a autoridade, responsável pela ilegalidade ou abuso do poder". Está-se vendo que essa disposição obedeceu às relações intimamente existentes entre os *habeas corpus*, e o legislador constituinte julgou-se dispensado de dizer mais qualquer coisa: não cabendo *habeas corpus* e sendo o direito líquido e certo, caberá mandado de segurança.

"De modo que, a meu ver, a diferença não foi procurada; resultou da maneira defeituosa de se definir, por exclusão, um remédio em

É' que o raciocínio do ilustre jurista se baseia na premissa de que a omissão do termo "inconstitucionalidade", que figurava na Carta anterior, foi feita "intencionalmente". Todavia, a leitura dos "Anais" da Assembléa Constituinte, bem como do resumo feito a respeito pelo desembargador José DUARTE, põe de manifesto o equívoco da afirmação. Os constituintes de 1946, tendo especificado as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* e com o objetivo de abranger a segurança dos direitos e garantias por êle não amparados, limitaram-se, procurando a fórmula mais ampla que se lhes apresentou, a dizer categoricamente que o mandado de segurança teria cabida sempre que o direito ameaçado não estivesse garantido pelo referido *writ*. Não houve intuito de restringir ou limitar a amplitude do amparo, mas, muito ao inverso, o desejo de alargar-lhe o âmbito.

"relação ao outro; não foi procurada, nem desejada e não poderia ser, sob pena de se criar uma exceção injustificável para o mandado de segurança, que visa os atos do poder público. Em qualquer processo, seja de natureza fôr, é possível levantar a questão constitucional; em qualquer ação, qualquer processo, sem exceção, até por via de reclamação, poderia ser discutida a inconstitucionalidade, e só não o poderia ser em mandado de segurança. Por que? Justamente no mandado de segurança, que visa corrigir os atos ilegais da autoridade, do poder público, é justamente neste processo que a questão constitucional tem mais cabida e seria exceção in-compreensível admitir-se que cabe em todo o quadro das ações a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato, caberá mesmo no *habeas corpus* e só no mandado de segurança não seria possível essa alegação. Ora, no *habeas corpus*, a locução "ilegalidade ou abuso do poder" que é a mesma transportada para o § 24, sempre comportou a questão, de inconstitucionalidade de leis. Houve, é certo, sobre a Constituição de 1891 dúvidas que se refletiram no Supremo Tribunal e algumas vezes o Tribunal entendeu, numa jurisprudência já modificada, que não era possível arguir a inconstitucionalidade ou decifada da inconstitucionalidade de lei; mas essa inteligência se tornou pacífica com Pedro Lessa e outros e se entendeu que, no *habeas corpus*, era possível julgar da inconstitucionalidade de lei.

"De modo que a Constituição, definindo o mandado de segurança por exclusão do *habeas corpus* colocando a locução "ilegalidade ou abuso do poder", comporta o exame da constitucionalidade do ato, sem qualquer limitação. Não vejo por que se tratar diferentemente do mandado de segurança, quando êle se baseia na Constituição, na mesma cláusula, na mesma locução "ato do Poder Público".

"Eis por que não posso acolher a preliminar suscitada pelo Sr. ministro relator" (mandado de segurança n.º 767. Impetrante, Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Rio de Janeiro).

Além disso, como adverte o ministro OROZIMBO NONATO, quando a lei fala em "ilegalidade ou abuso de poder", compreende tôdas as formas de ilegalidade: ofensa da lei ordinária e ofensa da lei maior. "Se a ofensa da lei ordinária rende "enjo ao remédio presentâneo e eficaz do mandado de segurança, a da lei constitucional mostra-se ainda mais grave e clama, ainda mais alto, pela aplicação do remédio heróico".

A ilegalidade a que se refere o texto constitucional há de ser entendida no seu mais amplo conceito, para que não seja frustrado o objetivo mesmo da garantia que a Constituição visou estabelecer. É' a ilegalidade genérica, no seu significado mais completo, compreensivo daquela situação a que se refere DUGUIT quando estuda as leis contra o direito — *lois contre le droit* — e que tem como ponto saliente, ou manifestação mais importante, o conflito dos atos da legislatura ordinária com a norma baixada pelo Poder Constituinte, que é também uma lei, embora de hierarquia superior — uma lei suprema, diretiva, padrão, que representa a medida precisa de regularidade jurídica.

Aliás, o ponto de vista do ministro HAHNEMANN GUIMARÃES constitui opinião *isolada*, que não logrou acolhida por parte dos demais membros do Supremo Tribunal Federal, excetuado o ilustre ministro BARROS BARRETO.

É, hoje, realmente, pacífica e tranqüila a orientação da doutrina e da jurisprudência no sentido de idoneidade do mandado de segurança para o exame e julgamento da constitucionalidade da lei.

REGRAS QUE OS TRIBUNAIS DEVEM OBSERVAR

Regras de bom aviso O Judiciário, no exercício do controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes, há de se pronunciar com as necessárias cautelas que assegurem a perfeita harmonia entre os três departamentos em que se distribuem as funções do Estado — harmonia essa que constitui a pedra de toque do sistema constitucional, de cujos princípios, na sua pureza e na sua autenticidade, cabe aos tribunais a preservação e a guarda.

Atendendo à relevância e à delicadeza da questão, os comentadores e a jurisprudência assentaram certos “princípios de muito bom aviso” ou “preceitos sábios” que os juizes e tribunais devem observar no desempenho daquele poder. São essas regras, consagradas pela prática constitucional americana e acolhidas plenamente entre nós, que passaremos a examinar:

Caso concreto

1.ª) *O Poder Judiciário só se pronuncia em face de um “caso concreto”, para cuja decisão seja mister o exame da constitucionalidade da lei aplicável à espécie.*

Essa regra já constituiu, aliás, objeto de nossa apreciação ao estudarmos a técnica da declaração de inconstitucionalidade, onde, invocando a opinião de RUI BARBOSA, mostramos que a ação não pode visar *diretamente* ao ato inconstitucional do Poder Legislativo, mas terá de se referir “à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não como alvo do libelo”. E’ certo, porém, que esse pronunciamento pode ocorrer em *qualquer processo*, mesmo num litígio privado em que o governo não figure como parte. Até

numa simples “reclamação”, esclarece CASTRO NUNES. Ainda em *ação declaratória*, acrescentamos nós.

É mister, no entanto, que se trate de uma *controvérsia real*, decorrente de uma *situação jurídica objetiva*, surgindo a dúvida quanto à constitucionalidade da lei que deve regê-la. Os tribunais não se pronunciam contra a lei em tese, mas contra um ato, atual ou iminente, que nela se baseie.¹

«Test cases»

Quando se trata de uma demanda simulada, em que as partes não têm propriamente nenhum interesse em jogo, mas pretendem, apenas, fazer a verificação da constitucionalidade do ato, a Corte Suprema dos Estados Unidos² — uma vez evidenciado que o interesse das partes não é substancialmente afetado pela decisão da causa — tem se recusado a entrar na apreciação da matéria.³ O assunto, aliás, é muito delicado e, em

1 “Las cortes no pueden aplicar las leyes sino a los casos ocurridos; su facultad de aplicarlas e interpretarlas, se ejerce solo aplicándolas a las controversias que se suscitan o traen ante ellas para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones, no pueden darseles que emitan su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho y señalando al contradictor; ni pueden dar explicaciones sobre teorías que se sustentan cuando no haya casos prácticos a que aplicarlas, porque el objeto de la jurisdicción nacional es decidir causas y no cuestiones abstractas de derecho. Así, los jueces nacionales, al dictar sus fallos, tienen que limitarse a los puntos controvertidos y no hacer declaraciones que aprovechen o perjudiquen intereses de personas que no han sido partes en el juicio; la Suprema Corte no puede modificar las sentencias de los jueces inferiores sino en la parte apremiada. Es, pues, un principio cardinal, ratificado siempre por la jurisprudencia de la Corte, que “uno de los caracteres esenciales del poder judicial consiste en pronunciarse en casos particulares y no sobre principios generales ni por vía de medida general” (GONZÁLEZ CALDERÓN, op. cit., tomo I, pag. 437).

2 Cf. *Fairchild v. Hughes*, 258 U. S. 126; *Giles v. Harris*, 189 U. S. 475; *Tyler v. Judges of Court of Registry*, 179 U. S. 405.

3 W. W. WILLOUGHBY, op. cit., pag. 24: “It is not infrequently the case that a suit is arranged between parties expressly for the purpose of raising and thus determining the constitutionality of a law. No judicial exception to this practice is made, or can properly be made, when, in fact, interests of the parties raising the issue will be adversely and substantially affected by an enforcement of the act. But when this is not the fact, or if the case has been prosecuted in such a ‘friendly’ manner that diligent effort has not been made to have all pertinent evidence introduced and analyzed, the courts will not, upon the evidence that has been adduced, attempt to determine whether the questioned law, if enforced in the premises, will operate unconstitutionally”.

grande número de *test cases*, os tribunais não têm podido fugir ao exame da tese.⁴

Pronunciamento
«ex officio»

A necessidade, porém, de existência de um caso ou *controvérsia real* não importa dizer que o juiz seja forçado a aguardar a alegação das partes para se manifestar sobre a eficácia da lei em face da Carta Constitucional. A afirmação de CARLOS MAXIMILIANO⁵ de que o Judiciário não pode agir *sponde sua*, mas está obrigado a esperar que os interessados reclamem contra o ato, precisa ser entendida em termos. Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juízes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei institucional. Esta não existe como lei e, por consequência, o juiz se recusará a aplicá-la, ainda mesmo que os litigantes, na sua unanimidade, a considerem boa e válida. Os juízes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicada ao caso. Cabe ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito — explica BARBALHO — “mas o ato contrário à Constituição não é lei, e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a lei “suprema”.

Presunção de constitucionalidade 2.^a) Presumem-se constitucionais os atos do Congresso.

Também esse princípio já foi objeto de nossa apreciação em capítulo anterior, onde tivemos ensejo de manifestar a nossa discordância com a tese, tal como é enunciada.

4 Vejam-se, por exemplo, *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.*, 157 U. S. 429 e 158 U. S. 601; *Buchanan v. Warley*, 245 U. S. 60; *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch, 87, 136; *Hylton v. United States*, 3 Dall. 171.

5 CARLOS MAXIMILIANO, cit. *Comentários à Constituição Brasileira*, pag. 119.

6 JOÃO BARBALHO, op. cit., pag. 299.

Ninguém diz que o seu casamento se *presume válido*, ou que a investidura em cargo público é *presumidamente* eficaz. Presumir uma qualidade é atribuí-la a alguém ou alguma coisa por simples conjecturas, de acôrdo com certas probabilidades ou mediante mera suposição. A lei, porém, dado o seu caráter obrigatório, é *válida* até que o Poder Judiciário a declare incompatível com a Constituição. Não se trata de conjectura, probabilidade ou suposição: a obrigatoriedade existe.

O que se quer dizer, ao enunciar o princípio, é que as leis não têm a sua eficácia dependente de prévia apreciação pelo Poder Judiciário. Não se subordinam à sanção deste para que se possam aplicar aos fatos emergentes. Tornam-se definitivas e compulsórias antes mesmo que o Judiciário as julgue e confirme.

E, assim, como atos em plena vigência, somente podem ter a sua eficácia suspensa ou a sua aplicação recusada pelos tribunais, quando existirem "*razões peremptórias*",⁷ isto é, quando ficar demonstrada cabalmente a sua incompatibilidade com o texto expresso da Constituição.

Sentido da regra O sentido da regra é exatamente inverso: so ao que dimana do seu enunciado: a ineficácia ou inconstitucionalidade da lei *não se presume*. Para o seu reconhecimento pelos tribunais, faz-se mister a existência de texto constitucional expresso com o qual se contradiga o preceito impugnado. Enquanto não se fizer essa demonstração e os tribunais não a acolherem, a lei continua a vigorar na plenitude de seu império.

A consequência do princípio a nortear a ação dos tribunais é, porém, de relevância indistincta. Ao apreciar a alegação de inconstitucionalidade, os juizes não a acolherão por mera conjectura, senão, apenas, quando a demonstração do conflito entre os dois textos legais se fizer de modo cabal, irrecusável, incontrolável. A inconstitucionalidade não pode ser *presumida*, há de ficar plenamente *provada*.

⁷ A expressão é de BARBALHO, *ibidem*, pág. 298.

Leis anteriores à Constituição

Essa enunciação é verdadeira não só em relação às leis posteriores à Carta Política, mas, também, no que tange às leis anteriores que se tornaram incompatíveis com ela. Não há necessidade de ar-tificios ou desbordamentos para que o princípio se aplique indistinctamente às duas situações jurídicas.

Já o enunciado comum — presunção de constitucionalidade — parece inaplicável à hipótese do conflito inter-temporal. Pelo menos os argumentos em que se funda não têm qualquer procedência neste campo, pois não se pode presumir que o Parlamento, mesmo iluminado por suas comissões técnicas, haja procurado respeitar as normas constitucionais ainda inexistentes e só mais tarde elaboradas...

CASTRO NUNES, com sua formosa inteligência, torturou-se para justificar a aplicação indistincta do princípio, não vendo motivo para "tratar diferentemente a norma trazida à colação". Mas, na verdade, o Mestre, partindo da premissa falsa, não logrou o seu intento, não tendo, absolutamente, conseguido demonstrar a juricidade do seu ponto de vista.

Dúvida

3.^a) Na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade.

Esta é um corolário da regra anterior. Uma vez que a inconstitucionalidade não se presume, é indispensável que sua demonstração seja feita de modo tal que a impossibilidade entre a lei e o Estatuto Político fique acima de toda dúvida razoável — *beyond all reasonable doubt*.

Se ao espírito do juiz não se apresentar clara e forte convicção — *clear and strong conviction* — do conflito entre os dois textos, a ineficácia da lei não há de ser declarada.

Inconstitucionalidade manifesta

A fórmula que nos vem desde a lei número 221, de 1894, com a chancela dos tribunais, é a que considera suscetível de reconhecimento a inconstitucionalidade *manifesta*. Só quando a colisão se declara *manifestamente*, isto é, de modo claro, aberto, inequívoco, é que os tribunais a reconhecem e proclamam.

CASTRO NUNES, aliás, considera essa fórmula vazia de sentido como regra objetiva de exegese. "Se um juiz pronuncia "a inconstitucionalidade é porque esta se lhe afigura tão clara e irrecusável quão obscura e duvidosa se depara aos "outros juizes do mesmo tribunal que lhe não descobrem o "vício apontado. Entretanto, uns e outros estão aplicando "a mesma regra, quer os que pronunciam a inconstitucionalidade, por entendê-la manifesta, quer os que opinam de "modo contrário, por menos convencidos da irrecusabilidade "da arguição. Outros haverá ainda que terão por absoluta- "mente inconstitucional a lei ou ato impugnado".⁸

Não comungamos, todavia, dessa opinião, porque a sim- ples diversidade de pensamento entre juizes não justifica a sua inutilidade como regra de hermenêutica. O conceito de *inconstitucionalidade manifesta* — tal como os de decisão contra a prova dos autos, violação da letra da lei, direito líquido e certo e outros que tais, correntes em direito — é *difícil de definir*, mas não *vazio de sentido*.

A regra em aprêço é sábia, constituindo magnífica diretriz a orientar os juizes e tribunais, muito embora não se possa definir, em termos precisos, o que seja "inconstitucionalidade manifesta" ou "isenta de dúvida". Todos nós "sentimos", todavia, o significado dessas expressões.

Solução extrema 4.^a) O juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restituir o direito violado.

Esse entendimento, praticamente aceito pela unanimidade dos doutrinadores, tem sido reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, que, em acórdão de 13 de junho de 1915, assim se manifestou: "Quando outras razões "existem para reintegração do direito violado, deve o Judiciário se abster de entrar na apreciação das que se fundem "na inconstitucionalidade das leis ou decretos".⁹

⁸ CASTRO NUNES, cit. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pág. 591.

⁹ Ac. n.º 2.069, in *Manual Kelly*, 1.º suplemento, pág. 175.

Assim também o tem entendido a jurisprudência americana, que só faculta às Côrtes o exame da questão constitucional quando esta seja inevitável¹⁰ para o julgamento da relação jurídica em causa. Se fôr possível decidir o feito sem esse exame, os tribunais não podem fazê-lo.

Como regra geral — ensina COOLEY — o tribunal não deve discutir a constitucionalidade e declarar inválida ou ineficaz uma lei senão quando sua decisão sobre esse ponto se tornar necessária à determinação do direito em causa — *unless a decision upon that point becomes necessary to the determination of the cause*. E sempre que, num dado caso, os autos permitam o exame da tese, mas forneçam, paralelamente, outro fundamento, suficientemente forte, sobre o qual se possa alicençar o julgamento, tornando assim "imaterial" ou irrelevante para o caso a questão constitucional, esta deverá ser deixada para ulterior exame, quando surgir outro processo que, não podendo ser decidido sem ela, torne imperativo o pronunciamento jurisdicional.¹¹

¹⁰ Vejam-se, entre outros, *Mobile & Ohio Railroad Co. v. State*, 29 Ala. 573; *Frees v. Ford*, 6 N. Y. 176; *White v. Scott*, 4 Barb. 56.

¹¹ THOMAS M. COOLEY, cit. *Constitutional Limitations*, página 196: "Neither will a court, as a general rule, pass upon a constitutional question, and decide a statute to be invalid, unless a decision upon that very point becomes necessary to the determination of the cause. "While courts cannot shun the discussion of constitutional questions when fairly presented, they will not go out of their way to find such topics. They will not seek to draw in such weighty matters collateral, nor on trivial occasions. It is both more proper and more respectful to a coordinate department to discuss constitutional questions only when that is the very *lis mota*. Thus presented and determined, the decision carries a weight with it to which no extra-judicial disquisition is entitled". In any case, therefore, where a constitutional question is raised, though it may be legitimately presented by the record, yet if the record also presents some other and clear ground upon which the court may rest its judgment, and thereby render the constitutional question immaterial to the case, that court se will be adopted, and the question of constitutional power will be left for consideration until a case arises which cannot be disposed of without considering it, and when consequently a decision upon such question will be unavoidable".

Crítica ao princípio Apesar, todavia, da uniformidade da doutrina e da jurisprudência, sancionando, sem discrepância, esse ponto de vista, permitimo-nos sustentar opinião contrária, entendendo que os tribunais podem, e devem, manifestar-se, *o mais rapidamente possível*, sobre a eficácia das leis, aproveitando, sempre, as oportunidades que lhes facultem os processos.

Tôda vez que, para decisão da causa, fôr plausível e justificável o exame da constitucionalidade, não vemos porque devam os tribunais evitá-lo, mantendo o povo na ignorância de sua opinião sobre a eficácia do diploma.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são tão amplos e tão profundamente repercutem na ordem jurídica, que não vemos como se possa aconselhar os juizes a retardar o seu pronunciamento, até que éste se torne absolutamente inevitável.

É claro que os tribunais, tendo a sua manifestação dependente de controvérsia real, não se podem apegar a qualquer pretexto fútil para fulminar os atos legislativos com a declaração de ineficácia, mas, sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese.

O princípio da economia que domina o direito processual moderno e os elevados interesses sociais em jôgo tornam aconselhável o pronunciamento dos tribunais no prazo mais breve, pois quanto mais tarde ocorrer essa manifestação tanto mais numerosas serão as relações jurídicas que se terão criado à sombra da lei afinal julgada inválida.

Dupla interpretação 5.^a) *Sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição.*

Também este princípio já mereceu o nosso estudo, no capítulo referente à chamada presunção de constitucionalidade. Se a lei, pelos seus termos, permite duas interpretações, uma que a põe na órbita constitucional e outra que a torna

incompatível com a lei suprema, deve o juiz preferir aquela e desprezar esta última. Aí, realmente, tem pleno cabimento a presunção de que o legislador deve ter pretendido realizar obra válida e não um diploma cuja eficácia pudesse ser contestada.

Magnífica ilustração do princípio nos fornece a Côrte Suprema do Estado de Illinois, no caso *Newland v. Marsh*,¹² atribuindo a uma lei interpretação que a tornou aplicável a situações jurídicas futuras e negando-lhe efeito em relação ao passado. Vale seguir o raciocínio do julgado: Sempre que um ato da legislatura possa ser interpretado de tal modo que se evite um conflito entre êle e a Constituição, devem os tribunais adotar essa exegese. Portanto, atos da legislação em termos retrospectivos — *terms retrospective* — e que, literalmente interpretados, invalidem e destruam direitos adquiridos, devem ser julgados constitucionalmente válidos por força de interpretação que lhes outorgue apenas eficácia futura — *prospective operation only*. Realmente, aplicados tão-só aos atos e transações posteriores, êles não ofendem os direitos dos cidadãos e não transgridem os limites constitucionais, mas, como leis retroativas, atingem e violam direitos adquiridos, chocando-se, dessa forma, com as garantias do Estatuto Supremo. Embora as palavras sejam sufficientemente compreensivas — *broad enough* — e, literalmente entendidas, tornem-se capazes de destruir aquêles direitos, a interpretação do texto deverá ser feita de tal modo que o ato subsista como regra de aplicação futura — *for as such they are valid, but as weapons destructive of vested rights they are void*.

Ao seguir essa orientação, no entanto, como já assinalamos, não pode o juiz fazer "violência às palavras",¹³ para buscar sentido estranho aos fins e ao espirito da lei. A interpretação favorável há de ser atingida pelos meios normais de

¹² *Newland v. Marsh*, 19 Ill. 376.

¹³ "Without doing violence to the fair meaning of words", disse a Côrte Suprema dos Estados Unidos (*Grenada Co. Supervisors v. Brogden*, 112 U. S. 261).

exegese, sem que se contraponha à *mens legis* outro entendimento, meramente arbitrário. Há de ser interpretação razoável, adequada, plausível.

Vigência não impugnada 6.ª) *A tradicional aplicação dos princípios constantes de uma lei, sem que se ponha em dúvida a sua constitucionalidade, é elemento importante no reconhecimento desta.*

Conquanto os tribunais — diz BLACK — devam decidir por si mesmos as questões concernentes à constitucionalidade, é próprio e usual levar em consideração as decisões dos outros dois poderes, adotadas para seu próprio governo, especialmente quando tais decisões e seus efeitos tenham sido tolerados, sem qualquer impugnação, durante longo tempo — *for a long period of time.*¹⁴

Não menos precisa é a lição de WILLOUGHBY, quando afirma que a presunção de constitucionalidade que acompanha um ato do Congresso é aumentada quando a interpretação legislativa tem sido freqüentemente manifestada no mesmo sentido, durante considerável número de anos — *when legislative interpretation has been frequently exercised during a considerable number of years*, — ou quando date de período praticamente contemporâneo à adoção da Constituição, ou quando, pela confiança depositada em sua eficácia, muitos direitos públicos e privados se constituíram sob o seu império.¹⁵

Essa regra, é claro, não pode ser considerada absoluta, pois a longa prática ou o costume tradicional não podem fazer convallescer o ato cuja incompatibilidade com a Constituição fôr manifesta. Há, apenas, presunção em favor da

¹⁴ HENRY CAMPBELL BLACK, *op. cit.*, pág. 60: "While the courts are to determine for themselves all questions of constitutionality which come properly before them, yet it is proper and usual for them to show much respect to the decisions of the executive and legislative departments, made for their own guidance, upon the same questions, especially when such decisions, have been acquiesced in and acted upon for a long period of time".

¹⁵ W. W. WILLOUGHBY, *op. cit.*, pág. 36.

constitucionalidade por não haver sido contestada a eficácia do ato durante longos anos. Essa presunção, todavia, cede à demonstração em contrário.

Motivos da lei 7.ª) *Não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se esta, no seu texto, não é contrária à Constituição, os tribunais não lhe podem negar eficácia.*

O enunciado repete, quase *ipsis verbis*, o ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO,¹⁶ haurido na lição unânime dos comentaristas. A validade ou eficácia de uma lei, em face da Constituição, não depende, nem pode depender, de modo algum, dos motivos ou considerações que levaram a legislatura a elaborá-la. Ou as normas que prescreve são compatíveis com a Constituição e a lei é válida, ou há incompatibilidade e, neste caso, a declaração de ineficácia se impõe.

As razões que levaram o legislador a elaborar o diploma, a existência de fraude, suborno ou corrupção — *fraud, bribery, or corruption* — constituem — como adverte BLACK — matéria inteiramente fora de controle do Judiciário, que não se pode converter em guardião da compostura e da moralidade dos membros do Congresso.¹⁷ Com os motivos que inspi-

¹⁶ CARLOS MAXIMILIANO, *cit. Comentários à Constituição Brasileira*, pag. 123.

¹⁷ HENRY CAMPBELL BLACK, *op. cit.*, pág. 62: "The constitutionality of a statute is a bare question of legislative power, and any inquiry as to the motives operating on the minds of the legislators in voting for the measure, is entirely incompetent. The validity of a statute does not in the least depend on the considerations which induced the legislature to enact it. Evidence to establish fraud, bribery, or corruption against the members of the legislature, as a ground for setting aside the statute, is not admissible. The courts are not made guardians of the morals of the legislators, nor are they at liberty to impute to them any improper motives. Nor can it be shown that deception or suppression of the truth was practiced upon the legislature to induce the passage of the act. Thus, an inquiry as to whether a land grant was obtained by a railroad company by false representations to the legislature would indirectly interfere with the power of the legislature to enact such laws as it may deem best for the general good. The courts will therefore presume (whatever may be averred to the contrary) that no general statute is ever passed either for want of information upon the part of the legislature or because it was misled by the false representations of interested parties".

raram os legisladores, repisa WILLOUGHBY,¹⁸ as Côrtes nada têm que ver — *with the motives of the legislators the courts do not concern themselves.*

A orientação da Côte Suprema dos Estados Unidos é uniforme na aceitação do princípio,¹⁹ desde o famoso caso *Ex parte Mc Cardle*, em que se discutiu a constitucionalidade de uma lei que visou furtar à competência da Côte Suprema o exame de certas medidas adotadas pelo govêrno federal, com o objetivo de “reconstruir” os Estados do Sul, depois da terminação da guerra civil. Disse então o *Justice CHASE*, falando pela Côte Suprema: “Nós não temos a liberdade de indagar dos motivos da legislatura. Podemos julgar só — mente do seu poder em face da Constituição”.²⁰

No famoso caso do *óleo margarina — Mc Gray v. United States*²¹ — a Côte Suprema reexaminou o assunto, para ratificar, de modo categórico, o seu entendimento anterior. Discutiu-se, então, a validade de um ato do Congresso que estabeleceu o imposto assaz pesado sobre o óleo margarina, com o manifesto propósito de desencorajar a fabricação deste e preservar os interesses da indústria leiteira. Sustentando a validade do ato, esclareceu o *Justice WHITE* que o Judiciário não pode fixar limites aos poderes que a Constituição outorgou ao Congresso, cujos membros não são responsáveis perante as Côrtes, mas, sim, perante o povo que os elege. Se o ato, em si, está dentro da órbita dos poderes do Congresso, não podem os tribunais entrar na indagação dos motivos ou propósitos que o ditaram, para declará-lo ineficaz.

Também, no caso *United States v. Doremus* a Côte Suprema reafirmou o seu ponto de vista, considerando válido

¹⁸ W. W. WILLOUGHBY, *Principles of the Constitutional Law of the United States*, 2.^a ed., 1935, pág. 27.

¹⁹ *United States v. Butler*, 297 U. S. 1, 63; *Railroad Retirement Board v. Alton*, 295 U. S. 320; *Arizona v. California*, 283 U. S. 423.

²⁰ “We are not at liberty to inquire into the motives of the legislature. We can only examine into its power under the Constitution; and the power to make exceptions to the appellate jurisdiction of this court is given by express words”. *Ex Parte Mc Cardle*, 7 Wall. 506.

²¹ *Mc Gray v. United States*, 195 U. S. 27.

o *Harrison Narcotic Drug Act*, que, pretextando estabelecer tributo sobre a manufatura, venda e importação de entorpecentes, visava, na verdade, coarctar o comércio destes. O mérito Doremus alegou a inconstitucionalidade do ato, porque o tributo estabelecido mascarava o propósito do Congresso de regular o assunto, invadindo a esfera do poder de polícia, reservado aos Estados. A Côte Suprema, todavia, desprezou a alegação e julgou válido o ato, sustentando que a circunstância de ser o exercício do poder tributário provocado por motivos alheios não autoriza os tribunais a penetrar na apreciação destes. Se os dispositivos da lei têm razoável relação com o exercício dos poderes conferidos ao Congresso, ela não pode ser declarada inválida por causa dos supostos motivos que a tenham determinado.²²

Essa orientação foi aparentemente quebrada nos casos *Bailey v. Drexel Furniture Co.*²³ e *Hill v. Wallace*,²⁴ em que a Côte declarou inválidos atos que, sob color de medidas tributárias, procuravam, de fato, regulamentar outros assuntos. Esclareceu-se, porém, em ambos os casos que, realmente, não se tornava mister indagar dos motivos do Congresso, pois das próprias disposições regulatórias, claramente expressas, e das sanções estabelecidas, verificava-se, sem necessidade de maior exame, que não se tratava, na espécie, de leis fiscais — *it was not necessary for the court to examine into the motives of those who enacted it, in order to determine that it was not, truly speaking, a tax law*...

A regra é, na verdade, pacífica na jurisprudência americana, pois não só aqueles julgados não a alteraram, como, até mesmo, ratificaram os seus termos, mostrando as razões que retiraram os dois casos do princípio vigorante.

Também, entre nós, o Supremo Tribunal, em 1914, examinando um caso em que se dividira um cartório para prejudicar um escrivão, reconheceu a legalidade do ato, em virtu-

²² *United States v. Doremus*, 249 U. S. 86.

²³ *Bailey v. Drexel Furniture*, também conhecido como *Child Labor Tax Case*, 259 U. S. 20.

²⁴ *Hill v. Wallace*, 259 U. S. 44.

de do direito do Governo de reorganizar os officios de justiça, muito embora fôsse manifesto o propósito de prejudicar o serventário.²⁵

Conveniência ou oportu- 8.^a) *Na apreciação da inconstitucionalidade da lei naldade, o Judiciário não se deixará influenciar pela justiça, conveniência ou oportunidade do ato do Congresso.*

O Poder Judiciário diz da *legalidade* dos atos expedidos pelos dois outros poderes, mas lhe falece competência para examinar-lhes o acerto, vantagem ou propriedade. E' que suas funções se circunscrevem ao terreno jurídico — *dizer do direito applicável* — e não podem invadir a esfera *política*, própria dos outros dois poderes, aos quais incumbe, no exercício de suas funções constitucionais, examinar a oportunidade e conveniência das medidas que adotam.

Esse princípio está tão bem firmado — *is so well established* — diz WILLOUGHBY — que não se torna mister invocar citações em seu suporte. E' certo que, algumas vêzes, os juizes têm se manifestado sobre a conveniência de atos dos outros poderes, mas, fazem-no como quaisquer outros cidadãos e sem que o seu sentir individual possa constituir o fundamento e razão de decidir da demanda.²⁶

Já o *Chief Justice CHASE*²⁷ dizia: "Esta Córte não possui poderes legislativos. Não pode emendar ou modificar os atos do Congresso. Não pode examinar questões de oportunidade ou de política. Considerações desta sorte cabem à legislatura, cujo pronunciamento a respeito há de ser considerado *conclusivo*".

Inconstitucionalidade 9.^a) *Se, apenas, algumas partes da lei forem incompatíveis com a Constituição, estas serão declaradas ineficazes, sem que fique afetada a obrigatoriedade dos preceitos sadios.*

²⁵ Vêde CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, pág. 123, nota 10.

²⁶ W. W. WILLOUGHBY, *cit. Principles of Constitutional Law*, 2.^a ed., 1935.

²⁷ *Licence Tax Cases*, 5 Wall. 462, 469.

Acontece com frequência — explica BLACK — que algumas partes, aspectos ou prescrições de uma lei são inválidos, em virtude de sua incompatibilidade com a Constituição, enquanto os demais preceitos não padecem do mesmo vício. Neste caso, os tribunais não devem declarar a inconstitucionalidade da lei no seu todo, rejeitando, apenas, as partes inválidas, mas atribuindo valor e efeito às demais. A regra é que, se as porções inválidas podem ser separadas do resto e, se depois de tal separação, ainda existe texto completo, inteligível e válido, capaz de ser executado e conforme ao propósito ou intento geral da legislatura, o ato não será julgado inconstitucional *in totum*, mas apenas nas partes afetadas, prevalecendo o restante.²⁸

Mesmo quando se tenha pleiteado a ineficácia da lei inteira — esclarece ADAMOVICH — o tribunal limitar-se-á, na sua decisão, a declarar apenas a ineficácia dos trechos julgados inconstitucionais — *wenn der Antrag auf Aufhebung des ganzen Gesetzes gestellt wurde, in seinem Erkenntnis darauf beschränken, dass nur die als verfassungswidrig erkannten einzelnen Stellen aufgehoben werden.*²⁹

²⁸ BLACK, *op. cit.*, pág. 64: "It frequently happens that some parts, features, or provisions of a statute are invalid, by reason of repugnancy to the constitution, while the remainder of the act is not open to the same objection. In such cases it is the duty of the court not to pronounce the whole statute unconstitutional, if that can be avoided, but, rejecting the invalid portions, to give effect and operation to the valid portions. The rule is, that if the invalid portions can be separated from the rest, and if, after their excision, there remains a complete, intelligible, and valid statute, capable of being executed, and conforming to the general purpose and intent of the legislature, as shown in the act, it will not be adjudged unconstitutional in toto, but sustained to that extent".

²⁹ LUDWIG ADAMOVICH, *op. cit.*, pág. 254: "A proposta apresentada pelo Governo Federal ou por um Governo Estadual ou pelo Supremo Tribunal para que seja cassada uma lei como inconstitucional, não, pode-se limitar ao pedido de serem cassados, apenas, determinados trechos — *bestimmte Stellen*; também o B. C. H. pode, mesmo no caso de ser pleiteada a cassação da lei inteira, limitar-se, no seu julgado, a cassar os trechos julgados inconstitucionais. Tomou-se, assim, o cuidado de estabelecer que uma lei extensa não seja totalmente cassada por causa de uma só disposição inconstitucional" — "Der von der BRG. oder von einer LRg. oder vom ObGGH. gestellte Antrag. ein Gesetz als verfassungswidrig aufzuheben, kann sich auch auf das Begehren beschränken, dass nur bestimmte Stellen als ver-

E' que — como argumenta o *Chief Justice SHAW*, da Corte Suprema de Massachusetts — as leis só podem ser declaradas ineficazes quando repugnantes à Carta Política ou com esta colidentes, mas, apenas, na extensão em que o conflito se manifeste e não além desse limite — *to that extent and no further*, — não se podendo estender a incompatibilidade verificada, sob nenhum pretexto, aos dispositivos restantes da lei.³⁰

Seria inconsistente com todos os princípios de direito constitucional — acrescenta *COOLEY*³¹ — permitir que os tribunais julgassem nulas as prescrições salutareas de uma lei, simplesmente porque se acham associadas, num mesmo diploma, a outras consideradas inconstitucionais, mas das quais não dependem e a cujo efeito não se acham subordinadas. Quando, portanto, uma parte da lei é inconstitucional, esse fato não autoriza os tribunais a declarar também ineficaz a parte restante — *that fact does not authorize the courts to declare the remainder void also* — a menos que todas as prescrições sejam conexas, dependentes uma de outra, atuando juntas para o mesmo fim, ou de tal modo associadas no seu sentido, que se deva legitimamente presumir que a legislação não adotaria uma desacompanhada de outra — *the legislature would not have passed one without the other*.

Mesmo artigo de lei Ainda que as prescrições inconstitucionais se encontrem *num mesmo artigo* em que se achem outras consideradas compatíveis com a Constituição, a regra pode prevalecer, julgando-se estas últi-

fassungswidrig aufzuheben sind; auch der BGH. selbst kann sich, u. zw. auch dann, wenn der Antrag auf Aufhebung des ganzen Gesetzes gestellt wurde, in seinem Erkenntnis darauf beschränken, dass nur die als verfassungswidrig erkannten einzelnen Stellen aufgehoben werden. Dadurch ist dafür Vorsorge getroffen, dass nicht wegen einer einzelnen verfassungswidrigen Bestimmung ein umfangreiches Gesetz zur Gänze aufgehoben werden muss".

³⁰ "To the extent of the collision and repugnancy, the law of the state must yield; and to that extent, and no further, it is render by such repugnancy inoperative and void". *Commonwealth v. Kimball*, 24 Pick. 359.

³¹ *COOLEY*, op. cit., pág. 210.

mas plenamente eficazes, desde que possam permanecer por si próprias, separadas e distintas, sem que se considerem afetadas pela ineficácia das outras. O problema não consiste em saber se os preceitos se encontram no mesmo artigo, uma vez que a distribuição da matéria legislativa entre estes é meramente arbitrária; a questão se resume, apenas, em julgar o grau de dependência entre as prescrições e em decidir — como diz *COOLEY* — se estas são, essencial e inseparavelmente, conexas em substância — *essentially and inseparably connected in substance*.

Essa doutrina da "divisibilidade das leis" é amplamente usada pelos tribunais, que, no particular, têm que proceder com certo discricionarismo, principalmente no que toca à apreciação da verdade da legislação em manter, apenas, uma das partes do diploma. No caso de dúvida, porém, tem se entendido ser mais conveniente considerar ineficaz a lei inteira. Assim, por exemplo, o decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, no caso *Howard v. Illinois Central R. Co.*,³² em que um ato do Congresso, julgado inconstitucional quanto aos preceitos regulatórios das atividades comerciais restritas ao território dos Estados, foi também declarado inválido quanto ao comércio interestadual, apesar de ser, nesta parte, perfeitamente compatível com a Constituição. Houve, porém, *dúvida* sobre se o Congresso desejaria fazer essa distinção, que, *prima facie*, parecia injustificável.

Também a Corte de Wisconsin, ao apreciar a constitucionalidade de uma lei que anexou certo território à cidade de Racine, mas estabeleceu que o imposto sobre essas terras seria diferente e menor do que o fixado para as outras partes da cidade, entendeu que, sendo esta última disposição inconstitucional, tóda a lei deveria ser fulminada pela ineficácia, uma vez que a redução prevista constituía compensação pelo território anexado. Seria mesmo de presumir que a anexação não teria lugar, sem a vantagem garantida.³³

³² *Howard v. Illinois Central R. Co.*, 207 U. S. 463.

³³ *Stauson v. Racine*, 13 Wis. 398.

Exemplo da impossibilidade da existência de prescrições válidas e inválidas num mesmo artigo encontra-se no caso *Willard v. People*,³⁴ decidido pela Corte Suprema de Illinois, ao considerar válido um artigo do Código Criminal desse Estado, que, em sua última parte, havia sido julgado inconstitucional pela Corte Suprema.³⁵

Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros.³⁶ É a hipótese, *verbi gratia*, de certos diplomas redigidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei que estabelecesse, entre nós, sem qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento de impósto de renda, incluiria na incidência deste os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professores.

Tribunal completo 10.º) *Só quando estiverem presentes todos os membros do tribunal, deve ser decidida a arguição de inconstitucionalidade.*

Já examinamos em capítulo anterior a questão do *quorum* para a declaração da inconstitucionalidade. A regra ora enunciada, sejam quais forem as prescrições da lei ou do regimento dos tribunais, é uma regra de bom-senso, aceita pela jurisprudência e louvada pelos doutores.

Sem recorrer aos exemplos do exterior, queremos, apenas, reproduzir a sábia advertência de BARBALHO:³⁷ “convém que questões dessa natureza sòmente sejam submetidas à decisão dos tribunais, quando todos os membros dêles se acharem presentes, para que tenham mais autoridade suas resoluções e para mais seguramente manter-se a jurisprudência”.

³⁴ *Willard v. People*, 5 Ill. 561.

³⁵ *Prigg v. Pennsylvania*, 16 Pet. 539.

³⁶ Consultem-se: *Poindester v. Greenhow*, 114 U. S. 270; *Chasleton Corporation v. Sinclair*, 264 U. S. 543; *Tieman v. Rinker*, 102 U. S. 123.

³⁷ JOÃO BARBALHO, *op. cit.*, pág. 289.

11.ª) *A inconstitucionalidade é imprescritível, podendo ser declarada em qualquer tempo.*

Seja qual fôr o período de tempo que medeia entre a promulgação da lei e a arguição de sua inconstitucionalidade, nem por isso ficará vedado aos tribunais o seu pronunciamento sobre a matéria. A lei inconstitucional jamais convalida e sua ineficácia poderá ser declarada a todo o tempo, ainda mesmo depois da revogação do ato por outra lei.³⁸

Podem prescrever, sim, os direitos decorrentes de situações afetadas pela lei, mas a própria inconstitucionalidade, essa não prescreve nunca. Sempre que alguém possa promover uma demanda para cuja decisão seja mister o exame da constitucionalidade, este poderá ser, em qualquer tempo, feito pelo Judiciário.

Dos nossos comentadores, parece que apenas ARISTIDES MÍLTON³⁹ aborda a questão, invocando julgado do Conselho Federal da Suíça, proferido em 9 de dezembro de 1875. “A lei “federal”, diz o esclarecido jurista, “ou mesmo a Constituição Estadual oposta ao Estatuto da União, muito embora “tenha sido aplicada sem contestação durante muito tempo, “nem por isso acaba por ficar sendo válida”.

Muito embora essa aplicação incontestada fortaleça a presunção de eficácia da lei, nem por isso a evade ou exclui da declaração de inconstitucionalidade, quando esta fôr arguida e convenientemente demonstrada.

A própria técnica da declaração de inconstitucionalidade, com a simples recusa pelos tribunais de aplicar a norma inferior incompatível com a superior, afasta, por completo, a hipótese de prescrição. Não há em causa o julgamento de *um direito*, mas a opção necessária entre duas leis em conflito.

³⁸ *In contrario*: LUDWIG ADAMOVICH, cit. *Grundriss des Österreichischen Staatsrechtes*, que sustenta não ser possível o julgamento da inconstitucionalidade da lei já revogada. Esse ponto de vista, aliás, e perfeitamente compreensível, em face do sistema austriaco, no qual a lei declarada inconstitucional tem sua vigência cassada pelo Judiciário.

³⁹ ARISTIDES A. MÍLTON, *A Constituição do Brasil*, Notícia Histórica, Texto e Comentário, Rio, 1898, pág. 279.

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade da lei, uma vez reconhecida e declarada pelos tribunais, tem como consequência necessária ou a sua *revogação*, ou a sua *ineficácia*.

Revogação da lei A revogação se verifica quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta. Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorre em virtude do conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não, uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é *consequência da inconstitucionalidade*.

O assunto, aliás, não tem sabor meramente acadêmico, como pode à primeira vista parecer, pois envolve não só o problema da eficácia da decisão declaratória — saber se é indispensável o voto da maioria de todos os membros do tribunal — como, também, o que concerne à suspensão da vigência da lei pelo Senado Federal, na forma do art. 64 da Constituição. Se, no caso, não existe inconstitucionalidade, mas simples *revogação*, nenhum motivo ocorre para que se considere aplicável à hipótese este último preceito ou o art. 200 do Ato Adicional.

Os que sustentam tratar-se de mera revogação apegam-se, principalmente, à cláusula revogatória que usualmente figura no instrumento constitucional: “continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implícita-

“mente, não contrariem as disposições desta Constituição”. Esse argumento, no entanto, não poderia ser invocado no presente, porque a cláusula em apêço não se insere — aliás, louvavelmente — na Constituição de 1946.

CASTRO NUNES se insurge contra a referida opinião, mostrando que o “problema é *materialmente* o mesmo, quer se trate de lei anterior, quer se trate de lei posterior à Constituição”, mas, embora tenha enfrentado o assunto com muito brilho e segurança, não nos parece que haja colocado a questão nos seus justos termos, pois insiste em considerar a *revogação* e a *inconstitucionalidade* como duas situações jurídicas irreconciliáveis: “A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas, se a questão está em saber se uma norma deve continuar a vigor em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negatíva só é *revogação* por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível de normas, chama-se *declaração de inconstitucionalidade*”.¹

O equívoco do Mestre consiste, a nosso ver, em considerar *paralelas* as duas situações, excludente uma da outra, quando, de fato, a inconstitucionalidade é um *estado* — estado de conflito entre uma lei e a Constituição — e a revogação é o *efeito* desse estado. O tribunal *declara a inconstitucionalidade* e, em consequência desta, reconhece a *revogação* da lei.

Havendo, no caso, como fatalmente deverá haver, a *declaração de inconstitucionalidade*, não há por que subtrair esta situação jurídica, em que se apura a validade de uma lei anterior à Constituição, às normas e princípios que regem *in genere* a matéria. Esse, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, limpidamente expresso pelo ministro ORCIZIMBO NONATO: “o tratamento de uma lei inconstitucional, isto é, coetânea da Constituição e que se manifesta contra

“ela — e o de uma lei incompatível com uma nova ordem constitucional — é o mesmo problema e que, por ser substancialmente idêntico, reclama o mesmo remate ou desen-trecho”.²

Inexistência da lei Tem lugar a *inexistência* da lei quando na sua elaboração não foram obedecidas ou observadas as formalidades constitucionais prescritas para o processo legislativo. O assunto já constituiu objeto de nosso estudo, em capítulo anterior, onde mostramos a inexistência da teoria que procura distinguir as cláusulas constitucionais em mandatórias e declaratórias, evidenciando que a inobservância das fórmulas estabelecidas pela Constituição para a feitura das leis determina a sua inconstitucionalidade e, em consequência desta, a sua inexistência. A lei, no caso, não é nula ou ineficaz, mas, simplesmente, *inexiste como lei*. Se o ato a que se atribui este nome não se apresenta sob a forma estabelecida pela Constituição, ou não foi baixado pelos órgãos competentes para fazê-lo, ou não obedeceu na sua elaboração ao rito e ao processo prescritos, não se trata, na hipótese, de uma lei. “La loi — disse VOYSIN DE GARTEMPE — ne pouvant 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 aurait pas véritablement de loi”.

Ineficácia da lei A terceira consequência possível da inconstitucionalidade é, como vimos, a *ineficácia* do ato legislativo, pela recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos concretos que lhes são submetidos. Ocorre quando a lei, posterior à Constituição e elaborada com perfeita observância do processo e das fórmulas por esta prescritas, é, no seu contexto, incompatível com a lei suprema. A

² Ministro ORCIZIMBO NONATO, voto no mandado de segurança n.º 767, de 18-6-1947 — Impetrante, Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Rio de Janeiro.

¹ CASTRO NUNES, cit. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pág. 603.

lei, assim declarada inconstitucional, não fica *revogada* ou *anula*, continua a figurar nos registros e no corpo das leis, mas os tribunais a *desconhecem* na apreciação dos casos concretos submetidos a seu julgamento, negam-lhe aplicação, recusando-lhe eficácia jurídica. Os juizes — como acentua PONTES DE MIRANDA³ — sentenciam sobre a *inaplicabilidade* da lei.⁴ “A eficácia separada da incidência é que é apreciada”.

Efeito «ex-nunc» Nos países em que a arguição de inconstitucionalidade pode ser reconhecida *por via de ação*, o Poder Judiciário, julgando-a procedente, *cassa* ou *anula* o ato impugnado, *que deixa de vigorar*, para todos os efeitos. Assim acontece, por exemplo, na Austrália, onde, em relação ao caso concreto que determinou a decisão do *Bundesgerichtshof*, o decreto judicial opera *ex-nunc*, tal como se a lei jamais houvera existido, mas, em relação às demais situações jurídicas, ou a terceiros que não foram partes na causa, a sentença tem efeito meramente *futuro*, considerando-se cassado o vigor da lei a partir da data *fixada pelo tribunal* ou, na falta de declaração dêste, a partir da data em que a decisão fôr publicada no *Diário Oficial*.⁵ A resolução

³ PONTES DE MIRANDA, cit. “Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições”, in *Revista de Direito Administrativo*, julho de 1946, pag. 16.

⁴ Constitui essa afirmação, “um lugar comum” na doutrina e na jurisprudência dos países que se filiam ao sistema americano. Lugar comum esse posto em termos áureos pelo Mida da cultura jurídica nacional — o grande Rui: “Qualquer estudante dos manuais de Direito constitucional que, nas escolas americanas, se distribuem às crianças, tem noção de que o Poder Judiciário não *revoga* atos de outro poder. Estudante sou também dessas matérias, mas estudante velho, que não esperou a revolução, para versar estes livros, que os compuz, e os ama, há vinte e cinco anos, idade de uma geração. Por mui rude que fosse o aluno, a vontade era muito boa; e, a poder de cavar no sulco precioso, sempre descobri alguma coisa mais do que “o meu eminente compatriota me atira como lição. Não é somente contra as deliberações *políticas* da Administração, ou do Congresso, que os tribunais não dispõem de autoridade revogatória. Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais dos outros poderes é coisa, tecnicamente diversa. Não os revogam... desconhecem-nos” (cit. *Atos Inconstitucionais*, pag. 97).

⁵ LUDWIG ADAMOVICH, cit. *Grundriss des Österreichischen Staatsrechtes*, pag. 255.

do tribunal tem, assim, efeitos *inter-partes* e *erga omnes*, *preteritos* e *futuros*.

Também, em Cuba, quando se lança mão da ação pública, ou mais propriamente, do “*recurso de inconstitucionalidad*”, a lei, decreto-lei ou regulamento declarado inconstitucional “*no podrá aplicarse nuevamente en ninguna forma*”, ficando “*completamente anulado y sin existencia legal*”.⁶ Numa ação privada, a declaração atua *ex-nunc*, mas, na ação pública o seu efeito é meramente futuro, como acentuou a sentença n.º 33, do Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1937, *in verbis*: “*El éxito del recurso de acción pública y consiguiente anulación de las disposiciones impugnadas, se traduce exclusivamente en la prohibición de su aplicación futura*”.⁷

Nos Estados que adotam a orientação americana, a declaração de inconstitucionalidade não tem êsse efeito revogatório. O tribunal não anula, rescinde, cassa, destrói ou revoga a lei, senão, apenas, lhe recusa *fôrça formal*, o caráter obrigatório e “*irrefragável*” que lhe é inerente, negando-lhe aplicação a um dado caso.

“Verdade seja — diz Rui — que suposto não expressamente revogada, a lei recebeu golpe mortal, e desde então tão se considerará inexecutável, na expectativa de que a sua aplicação não obteria mais o concurso da justiça. Certo é que, destarte, *indiretamente*, se vem a operar a *anulação*. Mas precisamente no *indireto* da ação atribuída aos tribunais sobre a existência das leis é que reside, na opinião unânime dos autores, o meio, tão natural quanto profundo e eficaz, de não reduzir o Poder Judiciário a uma situação de rivalidade, antagonismo e conflito com o Poder Legislativo, assistindo a um o privilégio de cassar os atos do outro”.⁸

⁶ Sentenças do Tribunal Supremo n.º 29, de 20-10-1934; n.º 36, de 9-11-1934; n.º 37, de 12-11-1934; n.º 38, de 13-11-1934, in cit. MERINO BRITO, *El Recurso de Inconstitucionalidad y su Jurisprudencia*, pag. 85.

⁷ Sentença do Tribunal Supremo n.º 43, de 6-6-1940, in PIEDRA, cit. *La Constitución y el Tribunal Supremo*, pag. 169.

⁸ Cit. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos por HOMERO PIRES, vol. IV, pag. 374.

Efeito «inter-partes» No caso concreto, a sentença “obrigará às partes e à administração” e a “violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal”. E’ a regra pacificamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, que o nosso direito positivo acolheu na bem elaborada lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894.⁹

A decisão do tribunal, uma vez passada em julgado, é, em relação ao caso em lide, *final, inatacável, definitiva*, produzindo efeito *ex-nunc*, tal como se a lei declarada inconstitucional jamais houvesse existido — *is as though it never existed*.¹⁰

Restrições à ação do Juiz Entre nós, todavia, como aliás já havia ocorrido nos Estados Unidos da América,¹¹ em três casos, pelo menos, recusou-se ao Judiciário esse poder de pronunciamento soberano e definitivo sobre a declaração de inconstitucionalidade, invocando-se o caráter meramente *político* e não *jurídico* das decisões proferidas.

Assim, no famoso caso do Conselho Municipal do Distrito Federal, julgado em 1911, a decisão proferida a respeito pelo Supremo Tribunal Federal foi desacetada pelo então Presidente da República, Marechal HERMES DA FONSECA, que dissolveu, por decreto, a assembléa legislativa local, cujo funcionamento fôra garantido por *habeas corpus*. Justificando sua recusa em obedecer à decisão do Supremo Tribunal Federal, assim se externou aquêl Presidente: “Apreciando, no exercício de um dever constitucional, a legitimidade e al-“cance” do decreto judiciário, emanado do Supremo Tribunal Federal, entendi que o mesmo exorbitava das atribuições que a Constituição e as leis assinalam àquele poder e constituía, com patente invasão às atribuições dos outros poderes soberanos da Nação, uma deturpação do regime, de consequências incalculáveis e funestas; por isso

⁹ Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, §§ 10, 11 e 12.

¹⁰ W. W. WILLOUGHBY, *op. cit.*, pág. 16.

¹¹ Vêde *retro*, págs. 14 a 17.

“resolvi não dar cumprimento à ordem judiciária e levar o fato ao conhecimento do Congresso Nacional, autoridade competente para decretar a minha responsabilidade pelos atos que, no exercício do mandato que o povo brasileiro me confiou, eu praticar com infração da Constituição e das leis. Em rápidas considerações, espero demonstrar a ilegalidade e o arbítrio do decreto judiciário, daí resultando o dever em que fiquei de lhe negar execução”.¹²

A repulsa a esse ato de rebeldia foi, porém, geral. AMARO CAVALCANTI¹³ e PEDRO LESSA¹⁴ destruíram-lhe os fundamentos doutrinários. A opinião jurídica nacional condenou-o irremissivelmente, merecendo especial menção os pareceres do Conselheiro CÂNDIDO DE OLIVEIRA¹⁵ e do VISCONDE DE

¹² HERMES R. DA FONSECA, Mensagem dirigida ao Congresso Nacional, em 22-2-1911, reproduzida, na íntegra, in *Revista Forense*, volume XV, pág. 329.

¹³ “Não procede a razão do desacato ao acórdão do Tribunal, sob o pretexto alegado de defender as atribuições do Poder Executivo e de não contribuir para a deturpação do regime e subversão da ordem constitucional, porque o Supremo Tribunal Federal em nada exorbitou das atribuições que lhe são próprias, invadindo, porventura, as daquele poder, sejam as declaradas na Constituição Federal, seja, qualquer outra expressa em lei ordinária: o Tribunal se limitou a declarar, conhecendo da espécie a favor da liberdade individual, a nulidade de um decreto do Executivo, isto é, a sua ilegalidade e inconstitucionalidade, por não ter êle assentido nem na Constituição nem na lei, como assim tem feito inúmeras vezes em casos anteriores, para conceder, em consequência, uma ordem de *habeas corpus* nos precisos termos do art. 72, n.º 22, da Constituição” (AMARO CAVALCANTI, in *Revista Forense*, vol. XV, pág. 339).

¹⁴ “Como havemos de tolerar que, sob a república federativa, e no regime presidencial, em que tão nítida e accentuada é a separação dos poderes, se restabeleça a inconstitucional intrusão do Poder Executivo nas funções do Judiciário? Ao Presidente da República nenhuma autoridade legal reconheço para fazer preleções aos juizes acerca da interpretação das leis e do modo como deveriam administrar a justiça. Pela Constituição e pela dignidade do meu cargo, sou obrigado a repellar a lição. Poderia aceitá-la em virtude de autoridade científica, de que dimana.

“Essa é grande, ninguém a contesta, e eu, mais do que todos, a acato e venero. Mas, *quandoque bonus dormitat Homerus*: desta vez a lição vem inçada de erros, erros funestíssimos à mais necessária de todas as liberdades constitucionais. Ainda, por essa razão, sou obrigado a devolver-lha” (*Revista Forense*, vol. cit., pág. 362).

¹⁵ “Ao Governo não assiste, depois de publicado regularmente o acórdão de 25 de janeiro, senão o dever de fazê-lo executar.

“Este dever decorre, não só do texto expresso do art. 70, § 2.º, da Constituição, combinado com o art. 78 da lei n.º 221, de 20 de no-

Ouro Preto, este último categórico e incisivo, demonstrando que o Executivo não está apenas no dever de acatar as decisões do Judiciário: "deve não só respeitar, mas, na órbita das próprias atribuições, afastar os embaraços que foram opostos ao ato do Poder Judiciário, quando por éste regularmente solicitado".¹⁶

No segundo caso, referente à dualidade de governos no Estado do Rio de Janeiro, ocorrido em 1915, o Presidente VENECESLAU BRÁS cumpriu a decisão, mas ressaltou o seu ponto de vista contrário à jurisdição do Tribunal, convocando, em seguida, o Congresso para se manifestar em definitivo sobre o assunto, o que mereceu de RUI BARBOSA os qualificativos de "famosa loucura, incrível obliteração do senso político", "pasmosa inversão de tôdas as idéias jurídicas, sacrificio inaudito da verdade legal, exemplo funesto dado aos futuros legisladores".¹⁷

"vembro de 1894, como sendo órgãos da soberania nacional os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si, não se compreende como devia deixar de ser cumprida a sentença do Tribunal, a quem assiste a competência para resolver tôdas as causas propostas contra o Governo da União, em que a ação ou defesa se fundar em disposição da Constituição Federal em leis ou regulamentos (Constituição, art. 60, letra b)" (rev. e vols. cits, pág. 163).

¹⁶ *Ibidem*, pág. 162.

¹⁷ RUI BARBOSA, cit. *Comentários*, coligidos por HOMERO PRAS, vol. IV, págs. 276-277: "Nos Estados Unidos, essa grande autoridade, essa autoridade soberana, essa autoridade arbitral, pela qual a Suprema Corte decide, em última instância, como tribunal irrecorrível, os limites entre os diferentes poderes da União, essa atribuição ali não foi declarada no texto da Constituição dos Estados Unidos. Nasceu por uma simples inferência dos seus interpretadores. Tão essencial se considera esse princípio à natureza orgânica do regime americano, que até este princípio, ao qual tudo mais ficou sujeito no sistema, este princípio surgiu mediante uma simples ilação interpretativa, sem que esteja escrito absolutamente na Constituição americana. Na Constituição brasileira, justamente porque nós nos beneficiávamos do produto desse exemplo, dessa experiência, consagramos em texto expresso, no art. 59, que o Supremo Tribunal Federal decidiria em última instância as questões relativas à validade constitucional dos atos do Governo, do Poder Legislativo, isto é, a Constituição brasileira lhe dá formal, declarada, literalmente, a autoridade irrecorrível de declarar quando os nossos atos são ou não constitucionais, e nós é que vamos agora dizer ao Poder Judiciário quando é que são constitucionais esses atos! Famosa loucura, incrível obliteração de senso político, pasmosa inversão de todas as idéias jurí-

O terceiro exemplo de oposição ao decreto judiciário nos foi dado, em 1939, pelo Presidente GETÚLIO VARGAS em relação ao impôsto de renda sobre vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, cuja incidência fóra julgada inconstitucional. Considerando que a "decisão judiciária não consultava o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do impôsto", foi baixado o dec. lei n.º 1.564, de 5 de setembro de 1939,¹⁸ por força do qual "foram confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao impôsto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outras tribunaes e juizes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos". Essa atitude provocou grande escândalo nos meios judiciários, mas é irrecusável a impropriedade das críticas apaixonadas que então se fizeram, porque, na verdade, o Presidente nada mais fez do que cumprir — como era de seu dever — o prescrito no art. 96 da Carta Constitucional. Acusaram-no do maior dos crimes, apontaram-no à execração pública, injuriaram-no sem quartel, simplesmente porque o Presidente cumpriu a Constituição...

A celeuma, porém, que se levantou nas três oportunidades em que a ação do Judiciário foi posta em dúvida está a demonstrar como se encontra arraigado em nosso pensamento jurídico o princípio que confere à declaração judicial caráter incontrastável e definitivo, em relação ao caso concreto.

"dicas, sacrificio inaudito da verdade legal, exemplo funesto dado aos futuros legisladores do compromisso para com as mais sagradas, expressas e solenes disposições do direito fundamental de um país republicano!

"I.á, basta uma inferência para estabelecer a suprema autoridade do tribunal; aqui, a letra expressa da Constituição não vale nada!

"Muito antes, já o tino político de JEFFERSON, aliás um dos temperamentos menos jurídicos entre os estadistas americanos, pensava que o Supremo Tribunal se viria a constituir por obra das suas decisões, em juiz definitivo da sua própria autoridade".

¹⁸ Vêde o texto do decreto-lei e respectivos considerandos, in *Revista Forense*, vol. 80, pág. 454.

Efeito indireto

Esse é, porém, o efeito *direto* da decisão, a *coisa julgada*, que somente vale entre as partes de acordo com a clássica afirmação dos doutores, haurida na sabedoria romana,¹⁹ mas as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia *indireta* ou *colateral* da sentença declaratória.²⁰ da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando *indiretamente anulada* a lei, porque a "sua aplicação não obterá nunca mais o concurso da justiça", não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não o apontam os tratadistas americanos, — intensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a *colateralização* do direito positivo,²¹ — limitando-se a enunciar o princípio, em termos categoricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurí-

¹⁹ Véde *Digesto*, 42, I, 63; 44, 2, I.

²⁰ PONTES DE MIRANDA parece impugnar a designação de "*declaratória*" para a sentença que reconhece a inconstitucionalidade (cf. "Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições", in *Revista de Direito Administrativo*, julho de 1946). Não nos parece, porém, procedente esse ponto de vista, pois, na parte em que declara a impossibilidade entre a lei e a Constituição, a sentença apresenta, indubitavelmente, aquele caráter. Não se argumente, a esse propósito, com a afirmação de que todas as decisões não de ser necessariamente declaratórias, porque antes de se pronunciar sobre a *res dubia*, o juiz tem que declarar, primeiramente, a existência do direito que se atribui ao autor. Como salienta PEDRO BATISTA MARRINS, "a doutrina moderna reservou o nome de sentença declaratória a uma vasta categoria de decisões judiciais, desprovidas de eficácia executiva direta, conquanto suscetíveis de uma execução *sui generis*, puramente potencial: a violação do que houver sido declarado pela sentença se remediará por meio de uma ação de preceito" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. *Revista Forense*, vol. III, pág. 286). A decisão que declara a inconstitucionalidade, pelo menos na parte em que o faz, se enuncia, perfeitamente, nessa definição, magnificamente enunciada pelo brilhante jurista.

²¹ Véde sobre as principais distinções entre os dois sistemas CHARLES SUMNER LOBINGER, "Codicification", in *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. III, pág. 606.

ção — *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force.*"

Os nossos tratadistas também não indicam a *razão jurídica* determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande RUI, com o seu gênio estelar, nem os que subsequentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um CASTRO NUNES.

E' que em face dos princípios que orientam a doutrina de coisa julgada e que são comumente aceitos entre nós, é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos, que, aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria de estado civil, as quais, segundo o entendimento geral, prevalecem *erga omnes*.

Coisa julgada e eficácia da sentença

Para explicar esse fenômeno de repercussão indireta da sentença, é mister partir de um conceito de coisa julgada diverso do dominante, para chegar àquela perfeita distinção, limpidamente enunciada por LIEBMAN, entre "*coisa julgada*" e "*eficácia da sentença*". "A coisa julgada não é o efeito ou um dos efeitos da sentença, e sim uma qualidade, uma qualificação particular de tais efeitos, isto é, sua *inmutabilidade*. Independentemente da coisa julgada, a sentença tem sua eficácia "natural", obrigatória e imperativa, que deriva simplesmente de sua natureza de ato de autoridade, de ato do Estado, mas que está destinada a desaparecer, quando se demonstra que a sentença é injusta: a coisa julgada reforça essa eficácia porque torna impossível ou inoperante a de-

²² THOMAS M. COOLEY, cit. *Constitutional Limitations*, pág. 222: "When a statute is adjudged to be unconstitutional, it is as if it had never been. Rights cannot be built up under it; contracts which depend upon it for their consideration are void; it constitutes a protection to no one who has acted under it, and no one can be punished for having refused obedience to it before the decision was made. And what is true of an act void in toto is true also to any part of an act which is found to be unconstitutional, and which, consequently, is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force."

“monstração da injustiça da sentença. A eficácia natural da sentença atua com relação a todos; por outro lado, a coisa julgada só vale entre as partes”.²³

É justamente por força da “eficácia natural” da sentença declaratória da inconstitucionalidade, que esta passa a atuar em relação a todos, sem distinção, tenham ou não sido partes no processo, atingindo em cheio o ato visado, que se torna, pela força do decreto judiciário, irrito, insubsistente, inoperante, ineficaz para todos os efeitos. É como se não fôsse lei, — diz BLACK, — não confere direitos; não impõe deveres; não fornece proteção — *it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection*.²⁴

Tôda a dúvida repousaria no saber se o Judiciário pode ou não apreciar a compatibilidade da lei com a Constituição e recusar-se a aplicá-la se se opuser aos preceitos desta. Mas, aceito o princípio, reconhecida a legitimidade desse poder, admitida a jurisdição, o resultado inelutável é que o entendimento fixado pelo Judiciário é final e conclusivo. É o raciocínio de CHARLES EVANS HUGHES, a cuja lógica não é possível fugir: *if the judicial power extended to such cases, the determination of the Supreme Court must be final*.²⁵

“Ante a sentença nulificativa — repisa RUI BARBOSA²⁶, invocando as autoridades americanas — o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelos mais altos tribunais de recurso, “a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apêlo, no tocante aos princípios constitucionais sobre que versa”. Nem a legislação “tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare*

²³ ENRICO TULLIO LIBEMAN, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. de ALFREDO BUZARD e BENVINDO AIRES, ed. *Revista Forense*, 1945, pags. 170-171.

²⁴ HENRY CAMPBELL BLACK, cit. *Constitutional Law*, pag. 66.

²⁵ CHARLES EVANS HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, 1936, pag. 87.

²⁶ Cit. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos por HOMERO PIRES, vol. IV, pag. 268.

“*decisis*”²⁷ exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata*; e, enquanto a Constituição não sofrer reforma que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe”.

Efeito em relação aos tribunais inferiores Realmente, a primeira consequência da decisão é o reconhecimento de inconstitucionalidade, sem novo exame, por todos os tribunais e juízes inferiores, em relação aos quais a decisão assume o caráter de verdadeira lei.

Muito embora se discuta se os juízes e tribunais estão, no comum dos casos, obrigados a obedecer à jurisprudência dos órgãos judicantes superiores, essa dúvida não cabe quanto às decisões que declaram a inconstitucionalidade, pois o

²⁷ O sentido da regra *stare decisis* não é, precisamente, o apontado pelo nosso maior constitucionalista. *Stare decisis* não significa, propriamente, que os tribunais inferiores devam obedecer à decisão. Quer dizer, sim, que o próprio tribunal ou juiz, deve orientar-se pela interpretação dada à lei em casos iguais, seguindo os precedentes e mantendo a doutrina dos julgados anteriores. É, em última análise, o respeito do tribunal pelas suas decisões anteriores, criando-se destarte jurisprudência uniforme. “Quando a Corte Suprema” — diz MUNRO — “estabelece uma regra de direito em um caso submetido à sua decisão, essa regra se torna um precedente e será geralmente seguido nos casos futuros da mesma natureza. É isto que se conhece como o princípio da *stare decisis*” (cit. *The Government of the United States*, pag. 502). Essa doutrina — esclarece BLACK, no seu *Law Dictionary* — repousa sobre o princípio de que o direito pelo qual os homens são governados deve ser preciso, definido e conhecido, e, assim, quando as Cortes, que possuem jurisdição bas-palpável, passa a constituir o direito, enquanto não for modificada pela autoridade competente. É o pensamento expresso lapidarmente por KEN: “*A solemn decision upon a point of law arising in any given case becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence which we can have of the law applicable to the subject, and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed*”.

A doutrina, porém, não impede que se altere a jurisprudência, podendo-se citar várias hipóteses em que isso tem, de fato, se verificado. O juiz BRANDEIS, ao dissentir da opinião da maioria da Corte Suprema no caso *Washington v. Dawson*, enumerou várias hipóteses em que aquêle tribunal desprezou os precedentes e modificou seus julgados anteriores. Disse, então BRANDEIS: “*Stare decisis* é ordinariamente uma sábia regra de ação, mas não constitui um comando universal e inexorável” — “*stare decisis is ordinarily a wise rule of action. But it is not a universal, inexorable command*” (264 U. S. 219).

entendimento pacífico é no sentido de considerá-las plenamente obrigatórias. O juiz inferior não pode ter como constitucional, para aplicá-lo a um caso concreto, o ato legislativo que os tribunais superiores declararam inconstitucional em outro processo. Se um tribunal de instância superior — diz BLACK²⁸ — se pronunciou contra a constitucionalidade de uma lei, ou a seu favor, essa decisão é obrigatória para todos os tribunais inferiores e a questão não pode ser discutida por estes — *the question is not an open for such courts*. Quando a decisão fôr do mais alto tribunal, sua obrigatoriedade é conclusiva em relação a todos os outros juizes e tribunais do país, de qualquer grau, sejam federais ou estaduais — *a decision of the supreme federal court, for or against the validity of an act of Congress, or for or against de validity of a state law in respect to its conformity to the federal constitution or federal laws, is binding and conclusive, until overruled, on all courts of every grade, both state and national*.

No mesmo sentido, manifesta-se GONZÁLEZ CALDERÓN em relação à Argentina, onde o princípio vige em sua plenitude, obrigando os juizes a conformar suas decisões à jurisprudência da Corte Suprema, cuja sentença a respeito é final e irrevogável, submetendo todos ao seu império. Esta — disse a Corte Suprema Argentina — “*es la doctrina de la Constitución, la doctrina de la ley y la que está en la naturaleza de las cosas*”.²⁹

²⁸ BLACK, cit. *Constitutional Law*, pág. 56.

²⁹ J. A. GONZÁLEZ CALDERÓN, cit. *Derecho Constitucional Argentino*, tomo I, pág. 444. “*Una vez que se ha declarado la inconstitucionalidad de una ley (o de un decreto), esa ley no ha de seguirse cumpliendo por el poder encargado de esta función. No tendría objeto la insistencia, porque otra persona lesionada por ella de nuevo se presentaría ante las cortes y éstas de nuevo declararían su inconstitucionalidad e inaplicables, y así sucesivamente. Una antigua jurisprudencia de nuestra Suprema Corte, ha establecido, como regla general, que “los jueces deben conformar sus resoluciones a las decisiones que en casos análogos dicte este tribunal haciendo jurisprudencia”.*

Y esto se explica fácilmente, porque “la Corte Suprema es el tribunal en último resortes para todos los asuntos contentiosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al poder judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa en la esfera de sus atribuciones la soberanía

Sem embargo, porém, dessa eficácia ampla da decisão, e de sua obrigatoria observância pelos juizes e tribunais inferiores, o ato legislativo, como já tivemos oportunidade de salientar, continua a figurar no quadro das leis como se estivesse plenamente em vigor. O Judiciário não o revoga ou anula, simplesmente o declara ineficaz e lhe ignora os efeitos.

Suspensão pelo Senado Federal Para obviar aos inconvenientes que decorrem dêsse fato, a Constituição atribui ao Senado Federal a competência para “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.³⁰

A Constituição não prescreveu o processo para que o Senado tenha conhecimento da inconstitucionalidade, nem a forma que há de revestir o ato previsto, sendo, neste particular, menos explícita do que a Constituição de 1934,³¹ que provia expressamente sobre o assunto. O ato do Senado, porém, não é *optativo*, mas *deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição*: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 64 da Constituição é apenas *tornar pública a decisão do tribunal,*

nacional y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el poder ejecutivo en el desempeño de sus funciones. De sus fallos no hay recurso alguno, a excepción del de revisión, interpuesto ante ella en los casos de jurisdicción originaria y exclusiva. Esta es la doctrina de la Constitución, la doctrina de la ley y la que está en la naturaleza de las cosas”.

³⁰ Constituição Federal, art. 64.

³¹ Constituição Federal de 1934, art. 96: “Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o procurador geral da Republica comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n.º IV, e bem assim a autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado “a lei ou ato”. O n.º IV do art. 91 era idêntico ao art. 64 da Constituição atual.

Apólices ou bônus emitidos pelos Estados ou Municipalidades em virtude de uma lei inconstitucional perdem, totalmente, o seu valor por efeito da decisão do Judiciário.³⁴ Todavia, tem entendido a Corte Suprema que os indivíduos que agiram em boa-fé e foram prejudicados em seus direitos, devem obter da parte do Estado indenização pelos danos sofridos.³⁵ Da mesma sorte — segundo informa WILLOUGHBY — conquanto a lei inconstitucional deva, sob ponto de vista essencialmente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática têm levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa-fé, exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz.³⁶ A este último respeito, no entanto, as decisões das Cortes estaduais estão em certo conflito com a orientação da Corte Suprema, expressa no famoso caso *Norton v. Shelby County*, onde se sustentou que a invalidade da lei que institui um cargo retira ao ocupante deste o caráter de funcionário de fato — *for the existence of a de facto officer, there must be an office de jure*,³⁷ afastando, assim, a possibilidade de se considerarem válidos os atos que tenha praticado.

E' manifesto, porém, que essa doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de facto* que a norma produzida não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples

³⁴ *Glepeke v. Dubuque*, 1 Wall. 175.

³⁵ *United States v. Realty Co.*, 16 U. S. 427.

³⁶ W. W. WILLOUGHBY, cit. *Constitutional Law*, pág. 17.

³⁷ *Norton v. Shelby County*, 118 U. S. 425. Disse, então FIELD, falando pela Corte Suprema: "Their position is, that a legislative act, though unconstitutional, may in terms create an office, and nothing further than its apparent existence is necessary to give validity to the acts of its assumed incumbent. That position, although not stated in this broad form, amounts to nothing else. It is difficult to meet it by any argument beyond this statement. An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed."

obra de um decreto judiciário. O professor O. P. FIELD,³⁸ que estudou longamente o assunto, demonstra que o referido princípio corporifica a doutrina tradicional, mas não pode ser considerado regra universal de direito — *it is not a universal rule of law*. E os tribunais têm que encontrar meios — e os têm encontrado — para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar.

A própria Corte Suprema foi, aliás, obrigada a reconhecer a orientação tradicional, abrindo exceção à regra da "invalidade ab initio", no caso *Chicot County Drainage District v. Barter State Bank*, decidido em 1940.³⁹ Tendo sido julgado inconstitucional, no caso *Ashton v. Cameron County Improvement District*, o chamado *Municipal Bankruptcy Act*, pretendeu-se, por esse fundamento, anular um acôrdo efetuado entre a administração municipal e um banco, ao tempo em que não se discutia a validade da lei. A Corte Suprema, todavia, considerou aquêle acôrdo imune aos efeitos da decisão, julgando válidos os atos praticados, sem impugnação, sob império do diploma em aprêço.

Ainda por força dessa limitação ao efeito *ex-nunc* do julgado, não poderão ser punidos os funcionários ou particulares que, cumprindo a norma considerada ineficaz, causaram danos a terceiros. Assim não entendeu a Corte de New Jersey no caso *Flaucher v. Camden*,⁴⁰ mas a maioria dos julgados se inclina no sentido contrário.⁴¹

³⁸ O. P. FIELD, *The Effect of an Unconstitutional Statute*, 83, The University of Minnesota Press.

³⁹ *Chicot County Drainage District v. Barter State Bank*, 308 U. S. 371. — Vêde o comentário de NEUMANN sobre este caso, in cit. "Die Verfassungsentwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika 1939-1946", in *Oesterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, setembro, 1946, pág. 198.

⁴⁰ *Flaucher v. Camden*, 56 N. J. L. 248.

⁴¹ *Sessums v. Botts*, 34 Tex 335; *Henk v. Mc Cord*, 55 Iowa 378; *Pierce v. Pierce*, 46 Ind. 86.