

# ORIGENS DO CONTRÔLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

*Wilson Accioli de Vasconcellos*  
(Professor de Direito Constitucional da  
Faculdade de Direito Cândido Mendes)

“É claro que, numa Constituição como a dos Estados Unidos, os tribunais não de ser o eixo, em torno do qual gravita a organização política do País. A soberania reside ali em uma entidade (o povo), que raramente exerce a sua autoridade, e tem, por assim dizer, uma existência meramente potencial; nenhuma das assembléias legislativas no País é mais do que um corpo subalterno de legisladores, habilitado, a rigor, apenas a promulgar atos regulamentares; as faculdades do Executivo são, outrossim, limitadas pela Constituição; e os intérpretes desta são os juizes. A toga, portanto, pode e deve precisar os limites à autoridade do Govêrno e à da legislatura; e não tendo apelação as suas sentenças, a consequência é que a magistratura vem a ser, não só a guarda, mas o oráculo da Constituição”, (DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, MacMillan, pág. 175; tradução de RUY BARBOSA).

“O contrôle é a consequência da supremacia da Constituição”.

(BURDEAU, *Traité de Science Politique*.)

## INTRODUÇÃO

É, sem dúvida, do maior relêvo e importância o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, ou pelos órgãos especialmente instituídos, quando exercem o chamado contrôle da constitucionalidade das leis, nos países que o admitem e aplicam. Este processo tem por escopo primacial impedir que leis violadoras do texto da Lei Maior possam ser aprovadas e impostas à obediência dos cidadãos, perturbando, em consequência, o equilíbrio e a harmonia imprescindíveis à ordem jurídica imperante. Não seria lícito nem justo que normas destituídas das prescrições regulares formais e materiais — desatentas às limitações constantes do Estatuto Básico — a todos tencionassem estender o seu império. Inquinada de inconstitucional, deve a lei ser declarada írrita, para que não possa prosperar a regra emanada de seu comando.

O contrôle judicial — *judicial review*, como é denominado no Direito Constitucional americano — reveste-se, assim, de grande magnitude e alcance; seu escopo e aplicação variam sensivelmente, de acôrdo com o país onde é pôsto em prática. Ora se vincula à supremacia do Parlamento, ora à supremacia do Judiciário. Em qualquer circunstância, porém, em que seja admitido e aceito, funciona o *contrôle judicial* com o objetivo precípua de oferecer um crivo às normas consideradas inconstitucionais, estabelecendo em tôrno do cidadão o círculo solene da lei. Torna-se, dêste modo, o Judiciário como que a suprema consciência da Nação.

A despeito, no entanto, do considerável uso que, na época atual, se faz do *judicial review*, mesmo fora dos Estados Unidos, nem sempre, do ponto de vista doutrinário, tem sido manso e pacífico seu acolhimento. Ainda hoje se agita o problema, e têm-se travado acesos debates em tôrno da questão.

Abordando êste estudo o aspecto particular das origens do *judicial review*, seja-nos lícito, em seguida, pôr em destaque os elementos históricos remotos, que se erigiram nos germes embrionários do instituto em causa.

### AS ORIGENS

#### A) GRÉCIA

Iniciando nosso esboço histórico, vamos examinar os possíveis *vestígios* (se assim se pode denominá-los) do *contrôle judicial* na Grécia.

É evidente que, quando buscamos subsídios meramente históricos, e remontamos, em consequência, ao passado longínquo, não esperamos topar com o instituto jurídico objeto de nossa pesquisa tal qual se apresenta na realidade, mas sim com leves e descoloridas características suas, que, mesmo assim desbotadas, dão uma idéia, ainda que empírica e superficial, de sua formação e crescimento.

Buscando elementos que nos pudessem, desde logo, esclarecer a respeito do assunto, manuseamos o admirável trabalho de HIGNETT, e nêle deparamos esta preciosa lição: “Pela instituição da *graphe paranomon* (arguição de inconstitucionalidade) todos os cidadãos tornavam-se responsáveis pela defesa das leis e da Constituição. Há poucas referências a seu uso no período que medeia entre 462-404 e nenhuma antes de 415. No século IV seu emprêgo transformou-se em abuso; o orador ARISTOFON gabava-se uma ocasião de que havia sido denunciado e absolvido setenta e sete vèzes sob a mesma acusação. O procedimento no século IV permitia a qualquer cidadão impugnar uma moção proposta, perante a *boule* <sup>(1)</sup> ou *ecclesia* <sup>(2)</sup>, sob

1) Conselho instituído em Atenas por SÓLON. O Conselho exercia uma superintendência geral sôbre todos os negócios públicos. Em muitos casos, agia como uma côrte de justiça, impondo multas até o montante de 500 dracmas.

2) Assembléa do povo, que, nas cidades gregas, tinha o poder de decisão definitiva nos negócios públicos, e influía — em decorrência de suas funções — na esfera legislativa.

a alegação de defeituosa na forma ou contrária à existência da lei em substância. Sua impugnação seria levantada, argüida, antes ou depois da votação, e revestiria a forma de uma declaração solene, apresentada contra o autor da referida proposição.

Por isso, o voto, se não houvesse sido ainda tomado, seria protelado; e a proposição, se tivesse tido curso, seria suspensa até que a questão fôsse decidida por um *dikasterio* <sup>(3)</sup>. Se o autor fôsse condenado, sua proposição perderia o efeito, e êle seria obrigado a submeter-se a uma pena fixada pelo tribunal; três condenações desta espécie acarretavam a perda dos direitos civis.

É provável que, se a proposição não fôsse objeto de denúncia dentro de um ano de sua adoção, o autor escapasse à responsabilidade pessoal, mesmo que a medida pudesse, depois, ser denunciada aos tribunais.

Detalhes particulares dêste procedimento bem podem ser devidos a ulterior elaboração, mas a maioria dos estudiosos concorda em que a argüição de inconstitucionalidade (*graphe paranomon*), surgiu, de alguma forma, no século V. WILAMOVITZ mesmo fixa seu surgimento depois da época de SÓLON; êle supõe que foi trazida antes do *thesmothetai* <sup>(4)</sup>, que, originalmente, decidia sôbre sua própria autoridade; mas, com o tempo, veio a atribuir as decisões a um tribunal popular. BUSOLT também atribui a instituição a SÓLON, mas sustenta que, desde o início até a decisão definitiva, em tais casos, ficavam aquelas decisões reservadas ao Areópago, do qual dois terços de seus membros tinham sido *thesmothetai*. Estas especulações parecem estar baseadas particularmente nas referências de antigos escritores ao guardião da lei do Areópago <sup>(5)</sup>, mormente na presunção de que SÓLON devia ter elaborado qualquer sistema para evitar possíveis alterações na sua Constituição. Mas a cria-

ção por SÓLON de proteções semelhantes, como a argüição de inconstitucionalidade, é excluída pela tradição, segundo a qual SÓLON impôs aos atenienses um juramento para observar suas leis por dez anos, e a proteção das leis pelo Areópago podia ser adequadamente explicada, como demonstramos, pelos poderes que sabemos ter-lhe pertencido.

A natureza do procedimento na argüição de inconstitucionalidade, que confiava a defesa da Constituição à iniciativa e ao espírito público do cidadão, indica que êste tipo de acusação foi primeiro instituído pela democracia radical." <sup>(6)</sup>

E, mais adiante, o próprio HIGNETT acrescenta à *graphe paranomon* outra garantia constitucional, escrevendo desta maneira: "Em relação à revolução oligárquica de 411, conhecemos duas garantias contra a mudança constitucional — a *graphe paranomon* (argüição de inconstitucionalidade), e a cláusula do "opkos bouyeutlós (voto parlamentar) pelo qual os membros da *boule* comprometiam-se a não submeter a votação qualquer proposição contrária às leis." <sup>(7)</sup>

Segundo outro autor abalizado, DEMÓSTENES depara com a mesma espécie de problema, excogitado no seu discurso contra TIMÓCRATES. "Por que, pergunta êle, é proibido introduzir qualquer proposição contrária a uma lei existente, exceto se a mais antiga é expressamente revogada? Porque — responde êle — se dois preceitos contraditórios são leis, os tribunais devem recusar dar uma decisão favorável, ou quebrar ou violar o juramento que obriga os juizes a de-

3) Côrtes populares, que os autores consideram uma inovação introduzida por SÓLON.

4) Nome dado aos nove arcontes, e, eventualmente, aos seis mais jovens entre êles, e que distribuíam diariamente justiça, e que ocuparam lugar de destaque na esfera legal, através de sua obra de interpretação legal.

5) Antigo Tribunal ateniense, que se reunia em colina do mesmo nome.

6) HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution*, Oxford, 1962, págs. 210 e 211.

7) HIGNETT, *ob. cit.*, pág. 209.

cidir de acôrdo com a lei, pois decidir por um lado contra o outro significaria violação da lei posterior.” (8)

Sustentando o mesmo princípio, tem ÊSQUINES estas palavras: “O litigante e a lei devem soar a mesma nota; se há discórdia, o tribunal deve decidir pela lei.” (9)

Constatamos, assim, através do magistério dos eminentes publicistas citados, que, na Grécia, era observado o princípio da legalidade, e o exame perante os tribunais das proposições que, por defeito de forma ou de fundo, apresentavam-se inquinadas de inconstitucionalidade.

#### B) ROMA

Examinemos, em seguida, os possíveis traços do contrôle da constitucionalidade das leis em Roma. A exemplo do legislador grego, preocupou-se o romano com a feitura de leis contrárias à Constituição. Discorrendo sôbre o assunto em causa, escreve o autorizado JOLOWICZ: “Os poderes reais do Senado, incluindo os membros plebeus, eram, ao contrário dos poderes indiscriminados conferidos aos patrícios, não uma matéria de direito, mas um uso constitucional. Era uma convenção constitucional que os magistrados não usariam — exceto em casos de decisões rotineiras — seus poderes sem prévia consulta ao Senado, uma vez que isso constituía um costume, pois o magistrado que pretendesse propor qualquer medida legislativa à Assembléia, submeteria a matéria primeiramente ao Senado. Tal providência era tanto mais necessária quanto se sabia que — aprovada a proposição — não havia possibilidade de emenda, e as *contiones* (10) davam pouca margem para discussão concreta. No Senado — por outro lado — a proposição seria debatida, e o magistrado podia alterar seu projeto original, de acôrdo com emendas apresentadas antes de sua aprovação. Mesmo que a proposição não fôsse vetada e passasse na Assembléia, o Senado

possuía ainda uma arma, pois, como observamos, sendo considerado o guardião da Constituição, não lhe seria difícil encontrar qualquer irregularidade na lei, a qual invalidaria o ato legislativo.” (11)

No mesmo sentido é a opinião de ARANGIO-RUIZ, quando ensina que, “de outro lado, êste órgão (Senado) dos *optimates* (12) logrou, nos anos da República, examinar a constitucionalidade das leis e até dispensar de sua observância alguns cidadãos” (13).

Indiscrepante e esclarecedor é o pensamento do consagrado mestre E. COSTA, que, em seu monumental trabalho a propósito de CÍCERO, emite estas considerações: “A autoridade do Senado de cassar as leis, por infração de qualquer norma constitucional verificada na sua formação, figura entre aquelas que eminentemente lhe competem. O Senado pode, em tal sentido, ser denominado “*legis iudex*” (14).

Diante das lições dos doutos na matéria, infere-se que o Senado romano era, na realidade, o verdadeiro guardião da Constituição e das leis, zelando pela sua estrita obediência, e promovendo a cassação de dispositivos que inobservassem as regras estatuídas pelo Estatuto Básico.

Com sua poderosa organização intelectual — onde ao brilho do talento se aliava um espírito profundo e sério de analista inato — dedicava-se CÍCERO ao estudo das diversas províncias do saber, focalizando, inclusive, em vários passos de sua obra admirável, o magno problema da autenticidade das leis, face

8) WALTER JONES, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford, 1956, págs. 112 e 113.

9) WALTER JONES, ob. cit., pág. 112.

10) Nome latino (*contio*) para designar qualquer assembléia reunida e presidida por um magistrado.

11) JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, pág. 31.

12) O partido aristocrático dos romanos.

13) ARANGIO-RUIZ, *História del Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus, pág. 134.

14) E. COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, Bologna, Zanichelli, vol. 1, pág. 328.

ao processo de sua elaboração. A esse propósito, vale transcrever o magistério de CORWIN, dando CÍCERO como um dos precursores do *judicial review*. Esclarece o autor de *The President — Office and Powers*: “Certas formas processuais romanas em consonância com a elaboração das leis sugeridas por CÍCERO, abordando esta questão, funcionam um tanto admiravelmente como *judicial review* (revisão judicial). Constituiu uma prática romana a inserção nos diplomas legais de uma ressalva (*saving clause*) para significar que estava fora do propósito da lei ab-rogar o que era sagrado ou direito (*ius*). Deste modo, determinadas regras, ou *leges legum*, como as denomina CÍCERO, algumas das quais disciplinam o próprio processo legislativo, foram erigidas numa espécie de Constituição escrita obrigando o poder legislativo. Mais de uma vez encontramos CÍCERO, confiando em tal cláusula, invocando *ius* (direito) contra uma lei.

De certa feita, dirigindo-se ao Senado, vemos CÍCERO apelando diretamente para a “*recta ratio*” (reta razão) contra a “*lex scripta*” (lei escrita) (15).

Se os esboços do *judicial review* de CÍCERO de qualquer modo chamaram a atenção dos elaboradores do sistema constitucional americano em grau considerável, é extremamente duvidoso. Se CÍCERO não contribuiu diretamente para o estabelecimento do controle judicial, fê-lo, pelo menos, de maneira indireta, através de certas idéias. Uma delas, por exemplo, consiste na asserção de que o *direito natural* não requer nenhum outro intérprete além do próprio indivíduo, uma noção que, ainda algumas vezes, se reflete nos litígios perante os tribunais e nas controvérsias dos comentaristas, e segundo a qual “as leis inconstitucionais são inconstitucionais *per se*, e não porque qualquer tribunal, revestido de autoridade, assim as considere” (16).

Por conseguinte, ainda que de maneira indireta e empírica — pois às leis inconstitucionais opunha o direito natural — trouxe CÍCERO alguns subsídios à estruturação do *judicial review*, como acentua o autor de *Constitution and World Organization*, levando-se em conta, principalmente, o estágio em que se encontrava a ciência do direito nessa época. De qualquer modo, podemos incluir CÍCERO (quando cuidamos dos vestígios históricos do instituto) entre os que se ocuparam do assunto relativo ao controle judicial.

Confirmando essa assertiva, esclarece SABINE: “Supunha-se que a natureza estabelecia certas normas às quais o direito positivo deveria adaptar-se o mais possível, e que, como acreditava CÍCERO, uma lei *ilegítima* não constitui direito.” (17)

Nesse período, o pensamento de CÍCERO representa a contribuição mais relevante.

### C) COKE, UM PRECURSOR DO SÉCULO XVII

Não seria possível versar-se o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, omitindo-se a figura exponencial de LORD COKE (18). Realmente, o erudito e brilhante autor das *Institutes of the Laws of England*, opunha séria resistência ao poder ilimitado do Parlamento, entendendo nulas as suas deliberações frontalmente antagônicas à *common law* (direito costumeiro). Segundo COKE, o Estado britânico era composto principalmente por tribunais (sendo o Parlamento um deles), devendo seus atos submeter-se ao exame

15) CORWIN, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, N. York, 1961, págs. 12, 13, 14.

16) CORWIN, *ob. cit.*, págs. 12, 13 e 14.

17) SABINE, *A History of Political Theory*, Harrap & Co. Ltd., London, 3.ª Ed., 1963, pág. 170.

18) Jurista inglês. Presidente do King’s Bench. Autor das *Institutes* e dos *Reports*, publicados em 1600-15. No caso BONHAM asse-ntou o princípio do controle judicial.

do *common law*. Como decorrência desse pensamento, estabeleceu-se que o Rei não poderia julgar senão por intermédio dos juizes, “de acôrdo com o direito e o costume da Inglaterra” (*Case of Prohibitions*, 1607), e de que lhe carecia poder para modificar o direito do país, e, especialmente, criar novos delitos (*Case of Proclamations*).

Diante desse entendimento, quando um estatuto violasse as normas da *common law*, da razão (a *recta ratio* de CICERO), ou fôsse de difícil execução, a *common law* predominaria sôbre êle, e decretaria a sua nulidade.

Inegável foi, sem dúvida, a influência que os conceitos de COKE exerceram sôbre os tribunais britânicos dessa época, em que a *escola do direito natural* arregimentava prosélitos nos círculos jurídicos inglêses. Desenvolveu-se, em certa escala, a opinião a respeito da existência de uma hierarquia de regras com a prevalência dos postulados jusnaturalistas. Publicistas do maior tomo registram a inequívoca influência da *escola de direito natural* nesse período de evolução do denominado *constitucionalismo*. Assim é que CATHREIN escreve: “Entre os juristas inglêses, merece ser citado o célebre magistrado HOBART, que afirmou que “mesmo em se tratando de uma lei elaborada pelo Parlamento, se contraria a equidade natural (como seria, por exemplo, o caso de transformar-se um homem em juiz de sua própria causa), é em si nula e sem nenhum valor, pois *iura naturae sunt immutabilia*, e são *leges legum*.” (19)

O pensamento de EDWARD COKE, no entanto, haveria de afirmar-se claro, inequívoco, firme, no famoso *Caso BONHAM*, decidido pela *Court of Common Pleas*, em 1610. Nessa “cause célèbre”, emitiu o grande *Chief-Justice* do King’s Bench os seguintes conceitos, que o consagram como um dos mais legítimos precursores do contrôle da constitucionalidade das leis: “Em muitos ca-

sos — afirma êle — a *common law* controlará os atos do Parlamento, e, algumas vêzes, julgá-los-á totalmente írritos; pois, quando um ato do Parlamento é contra o direito comum (*common law*) e a razão, ou é inconsistente ou impossível de ser executado, a *common law* controlará e julgará tal ato nulo.” (20)

Nessas palavras agudas de COKE, vislumbraram os juristas os primeiros embriões da teoria do *judicial review*, que, mais tarde, haveria de ser consagrada pela jurisprudência americana, através do gênio e da clarividência do extraordinário *Chief - Justice* MARSHALL.

Corroborando as assertivas dos autores que se detiveram sôbre a figura do eminente *Chief-Justice* da *Court of Common Pleas*, escreve MAITLAND a respeito: “COKE sustenta com energia que o magistrado pode declarar írrita uma lei, ou porque seja contra a razão e o direito natural, ou porque viole prerrogativas reais.” (21)

Fruto da influência poderosa de COKE, podemos distinguir, por volta de 1633, certa tendência à imposição de limites legais à atividade do Parlamento, no tocante ao contrôle da constitucionalidade das leis. Nesse sentido, é que se pode mencionar o *Instrument of Government*, de CROMWELL, que se erigiu, por assim dizer, na primeira Constituição escrita inglêsa, definindo os poderes do Protetor, do Conselho de Estado e do Parlamento, e atribuindo-lhes competência restritiva. Esse documento estabeleceu os princípios da divisão dos poderes, preconizando a independência do Judiciário, e declarando írritas e sem eficácia as leis que violassem as suas disposições.

Seguindo a trilha aberta pela doutrina de COKE, encontramos a figura de

19) Apud LOUREIRO JÚNIOR, *O Contrôle da Constitucionalidade das Leis*, Max Limonad, São Paulo, 1957, pág. 22.

20) CORWIN, *op. cit.*

21) MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 1963, pág. 301.

JAMES OTIS (22), Procurador-Geral nos Estados Unidos, que, em 1761, endossou, nas suas razões, o mesmo ponto de vista esposado pelos mercadores de Boston, contra a concessão a um fiscal aduaneiro inglês de um mandado de âmbito geral, permitindo-lhe revistar as suas adegas e silos, à cata de contrabando. Manifestou-se êle, nessa oportunidade, declarando incisivamente: “Uma lei do Parlamento contra a equidade natural é nula. Se uma lei do Parlamento — acrescentou — fôsse feita nas próprias palavras desta petição, ela seria nula e seria dever dos tribunais relegá-la ao desuso.”

Êsses e outros precedentes (como a do Juiz CUSHING, que determinou a um júri de Massachussets que desprezasse certas leis do Parlamento “como nulas e sem valor”) antecederam a grande decisão de MARSHALL, que, em 1803, imprimiu rumo definitivo e perspectiva nova ao contrôle da constitucionalidade das leis.

#### D) MARSHALL E A CONCEPÇÃO MODERNA DO CONTRÔLE JUDICIAL

O *judicial review* — do ponto de vista do Direito norte-americano — não proveio diretamente do texto expresso da Constituição: foi uma criação da jurisprudência. Os elaboradores do Estatuto Básico Americano, embora houvessem discutido o assunto, não inseriram o contrôle judicial entre as atribuições da Côte Suprema, como um meio de garantia contra os excessos do Legislativo ou do Executivo, com relação aos atos irregulares por êles praticados.

Não há, por conseguinte, no corpo da Constituição de 1787, nenhum preceito que, taxativamente, disponha sôbre o *judicial review* (como mecanismo de contrôle, erigido em sistema), exceção feita de dois dispositivos que se identificam, pelas suas afinidades e características, com o instituto ora focalizado.

O art. III, Secção 2ª, por exemplo, preconiza o seguinte:

“O Poder Judiciário estender-se-á a tôdas as causas de direito e de equidade, que nascerem desta Constituição ou das leis dos Estados Unidos.”

Comentando esta norma, ensina RUI BARBOSA que “não se diz aí que os tribunais sentenciarão sôbre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes, ou a ela contrárias” (23).

Por outro lado, estabelece o art. VI, n.º 2, da Constituição americana:

“Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; e os juizes em cada Estado serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados.”

Há, evidentemente, nessa regra uma disponibilidade a favor do contrôle da constitucionalidade das leis.

Mas a verdadeira jurisprudência, baseada e apoiada nas idéias doutrinárias de MARSHALL, só iria prevalecer e constituir precedente, através do famoso aresto do eminente *Chief-Justice* americano. Na realidade, foi êste julgado que introduziu o uso e a prática do contrôle judicial.

O clássico *Caso Marbury versus Madison*, que deu origem à memorável decisão de MARSHALL, em 1803, pode ser assim sintetizado, nas palavras com que o notável *Chief-Justice* relatou o feito: “Na sessão de fevereiro de 1803 —

22) Agitador revolucionário americano, político e publicista. Procurador do Rei; Procurador-Geral da Côte de Boston. Escreveu: *The Rights of the British Colonies Asserted and Proved*.

23) RUI BARBOSA, *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal*, Companhia Impressora, 1893, p. 57.

explica êle — Marbury, por seu advogado, requereu ao Supremo Tribunal a notificação de James Madison, Secretário de Estado dos Estados Unidos, para embargar a expedição de um *mandamus* (correspondente ao nosso mandado de segurança) em que o Tribunal lhe ordenaria entregar ao dito Marbury a sua comissão de Juiz de Paz para o Distrito de Colúmbia. Em confirmação desse requerimento mostrava-se de certificados que ADAMS, Presidente dos Estados Unidos, propusera Marbury ao Senado para ser nomeado Juiz dêste Distrito; que em consequência disso a comissão fôra lavrada, subscrita pelo Presidente e selada com o sêlo dos Estados Unidos; mas que Madison não quisera entregá-la.

A notificação fôra deferida e feita; Madison, porém, não ofereceu defesa alguma. Um *mandamus* fôra então requerido. Acêrca dêste requerimento o Presidente enunciou o parecer do Tribunal, em 24 de fevereiro de 1803.” (24)

Manifestando sua opinião, escreve MARSHALL em seu voto lapidar: “Se uma lei está em opposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

“Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. Aquêles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos à necessidade de sustentar que os juizes e os tribunais devem abstrair-se da Constituição e só atentar para a lei.

“Esta doutrina subverteria o próprio fundamento das Constituições escritas. Seria declarar que uma resolução, que é nula em face dos princípios e da teoria do nosso Govêrno, todavia, na prática, se torna inteiramente obrigatória. Seria declarar que, se a legislatura fizer o que lhe é expressamente proibido, êsse ato, não obstante a proibição expressa, é de fato eficaz. Seria, deveras, dar à legislatura uma onipotência prática e real, de um só e mesmo jato em que se diz restringir seus poderes dentro de estreitos limites. Importaria tanto como prescreverem-se limites e declarar-se ao mesmo tempo que tais limites podem ser ultrapassados *ad libitum*. A só advertência de que semelhante interpretação reduz a zero o que todos nós temos julgado ser o mor aperfeiçoamento dado às instituições políticas, uma Constituição escrita, bastaria de *per si* para a rejeição de tal êrro na América, onde as Constituições escritas são vistas com nímio acatamento. As expressões peculiares da Constituição dos Estados Unidos ministram, porém, argumentos adicionais em favor dessa rejeição.

“O Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a tôdas as causas oriundas da Constituição.” (25)

E, concluindo a decisão histórica, lança o ilustre *Chief-Justice* as bases da supremacia da Constituição e do Poder Judiciário, e os legítimos fundamentos do *contrôle judicial*, neste voto erudito e sábio: “Assim a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a tôdas as Constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem com os demais departamentos, são vinculados por êsse instrumento.” (26)

Depois do julgamento dêsse importante processo, firmou a Côrte Suprema

24) *Decisões Constitucionais de MARSHALL*, trad.; Imprensa Nacional, Rio, 1903, págs. 1/2.

25) MARSHALL, ob. cit., págs. 26 e 27.

26) MARSHALL, ob. cit., págs. 29.

americana o princípio de que aos tribunais competia a revisão dos atos dos Podêres Executivo e Legislativo, desde que violassem normas estabelecidas na Constituição.

É, por conseguinte, o *judicial review* — conforme assinalamos — no Direito americano, uma criação da jurisprudência da Corte Suprema.

### E) SURGIMENTO DO CONTRÔLE NO BRASIL

A lição do Direito americano, ministrada pelo extraordinário MARSHALL, prosperaria no Brasil, onde seria posta em prática depois da proclamação da República. Ao invés, porém, de ser uma criação da jurisprudência, no Brasil o contrôle da constitucionalidade das leis foi um preceito imperativo consagrado na Constituição de 1891.

Antes, no entanto, desse dispositivo que disciplina a matéria objeto de nosso estudo, assinalam certos publicistas traços do contrôle — embora sem as formas e delineamentos prescritos no texto republicano — na Constituição Política do Império do Brasil. Tal inspeção seria, é verdade, exercida pela Assembléa-Geral, em detrimento da vigilância que, obviamente, deveria ser levada a efeito pelo Poder Judiciário. A esse respeito, tece LEVI CARNEIRO crítica contundente, ao afirmar: “Despercebido (o Supremo Tribunal de Justiça) de sua própria missão mais alta, esquecido da repercussão política que poderia ter a sua atuação judiciária, não exercitou, com largueza, as suas prerrogativas, atrofiou-se, deixou que os outros podêres constitucionais dominassem absolutamente, anulando-o.” (27)

A crítica, realmente, procedia, pois, ao Judiciário, na verdade, em regime de Constituição escrita, como tem sido regra, competia o exame da constitucionalidade das leis.

Anotada esta observação, retornemos à apreciação dos subsídios carreados, a

propósito do assunto, pelos eruditos intérpretes da Constituição de 1824.

Como fundamento de suas assertivas, invocam êsses autores o disposto no art. 15, n.º 9, que estabelece :

“É da atribuição da Assembléa-Geral :

.....  
9.º) Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.”

Comentando êste dispositivo, esclarece o ilustre RODRIGUES DE SOUSA que, “antes de tratar das garantias dos direitos individuais e políticos dos cidadãos — art. 179, § 1.º a § 35, trata de garantir a si própria; e com razão, pois que é ela o princípio de tôdas as ditas garantias. Cumpre ao Govêrno, pelos meios constitucionais, impelir o Estado nas vias do bem geral, e à Assembléa-Geral ajudá-lo com seu apoio, e com os necessários meios legislativos: cumpre-lhe, além disto, velar na guarda da Constituição.” (28)

E acrescentava, incisivo: “De todos os tempos reconheceram os povos livres a necessidade de instituírem defensores oficiais da Constituição e das leis: tais foram em Roma os censores, e em Atenas o Areópago. Estas magistraturas, conquanto bons serviços prestassem, por estranhas à política, não deixaram de causar ao Govêrno embaraços. Sem êste inconveniente, reúne a Assembléa tôdas as habilitações para o desempenho de tão grande missão.” (29)

No mesmo sentido é o magistério do insigne PIMENTA BUENO, sem favor um dos mais autorizados exegetas da Constituição do Império. Ensina êle: “O art. 15, n.º 9, da Constituição, confirma uma atribuição que o direito de fazer as leis por certo importa; êle inclui neces-

27) LEVI CARNEIRO, *Federalismo e Judiciário*, pág. 239.

28) RODRIGUES DE SOUSA, *Análise e Comentário da Constituição Política do Império do Brasil*, Maranhão, 1867, pág. 111.

29) RODRIGUES DE SOUSA, *ob. cit.*, pág. 111.

sariamente o direito de inspecionar, de examinar se elas são ou não fielmente observadas, aliás de nada valerá.”<sup>(30)</sup> E, mais adiante: “Este direito de inspeção em todo e qualquer tempo, em que o poder Legislativo se reúne, é um dos principais atributos que a soberania nacional delegou-lhe; é uma garantia, um exame, que a sociedade, os administrados exercem sobre seus administradores, um corretivo valioso e indispensável contra os abusos ministeriais, corretivo que procede da índole e essência do governo representativo, que sem êle não se poderia manter. De tôdas as leis que demandam maior inspeção, por isso mesmo que demandam o mais alto respeito, são as leis constitucionais; sua observância deve ser religiosa, pois que são o fundamento de tôdas as outras e da nossa existência e sociedade política.”<sup>(31)</sup>

Preconizava, como vimos, a Carta Política de 1824, uma forma incipiente de contrôle, que não seria exercido pelo Poder Judiciário, mas pela Assembléia-Geral.

Diante dos elementos de convicção trazidos à baila, podemos afirmar que, durante a vigência da Constituição de 1824, inexistiu o contrôle da constitucionalidade das leis, tal como, mais tarde, viria a ser consagrado no Estatuto Básico republicano, com toda sua adequação técnica e sistemática.

O Decreto n.º 848, de 1890, que organizava a Justiça Federal, atribuía competência ao Supremo Tribunal Federal para decidir, em grau de recurso, das sentenças definitivas proferidas pelos Tribunais e Juizes dos Estados, “quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão *como contrária à Constituição*, aos tratados e leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato”.

Foi, porém, com o advento da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que o legislador fixou o conceito, numa fórmula

la concisa e imperativa, através do art. 13, § 10, que estabelecia :

“Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as *leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.*”

Registre-se, ainda, que a reforma constitucional de 1926 (art. 6º, nº I, letra a) e a Constituição de 1934 (art. 76, nº III, letras b e c), sustentaram, em seus traços característicos, iguais princípios.

Inovação que se anota, apenas, à guisa de ilustração, foi a introduzida pela Carta Constitucional de 1937, cujo art. 96 estatua:

“Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República.

*Parágrafo único* — No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional alguma monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se êste a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Verifica-se que êste dispositivo preconizava o reexame, pelo Parlamento, da lei considerada inconstitucional. A supremacia do Poder Judiciário, antepunha-se a do Poder Legislativo, no caso da apreciação de lei arguida de inconstitucionalidade.

A atual Constituição recolocou o problema nos seus devidos termos, conferindo ao Poder Judiciário a competência para exercer, soberanamente, o contrôle da constitucionalidade das leis.

30) PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio, Tipografia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1857, págs. 105/106.

31) PIMENTA BUENO, *ob. cit.*, págs. 105/106.