

Se, então, as côrtes devem ater-se à constituição e se esta é superior a qualquer ato ordinário do legislativo, ela, e não a lei ordinária, deve régêr o caso a que ambas se aplicam.

Os que discutem, pois, o princípio de que a constituição deve ser considerada, em juízo, como lei suprema, são obrigados a sustentar que as côrtes devem fechar os olhos à constituição e ver apenas a lei.

Essa doutrina subverteria os verdadeiros alicerces de tôdas as constituições escritas. Seria declarar que um ato que, de acôrdo com o princípio e teoria de nosso govêrno, é inteiramente nulo, é, na prática, completamente obrigatório. Seria declarar que se o legislativo fizer o que é expressamente proibido, tal ato, apesar dessa proibição, é de fato caduco. Seria conferir ao legislativo uma onipotência prática e real, com a mesma ânsia que manifesta ao reduzir seus poderes a limites estreitos. E' prescrever limites e declarar que êles podem ser ultrapassados à vontade.

Assim, isso reduziria a nada o que consideramos ser o maior progresso das instituições políticas. Uma constituição escrita seria, por si só, suficiente na América onde as constituições dêsse tipo são tratadas com reverência demais para rejeitar uma interpretação. As expressões peculiares da Constituição dos Estados Unidos, porém, fornecem mais argumentos a favor de sua rejeição...

Assim, a fraseologia particular dessa Constituição confirma e reforça o princípio, supondo-se que seja essencial a tôdas as constituições escritas, de que uma lei contrária à Constituição é nula e que as côrtes, como, também, outros poderes, são limitados por êsse instrumento. (1)

Os princípios assim enunciados por Marshall são baseados, primeiramente, no pressuposto de que o judiciário deve ser o protetor e o guardião da lei fundamental. Por meio de uma longa série de sentenças e precedentes (2), êsses princípios foram, finalmente, definidos e aplicados, tendo em vista o fato de que constituíam direito ou obrigação das côrtes anular os atos dos legislativos que estivessem em conflito com a lei fundamental. Praticamente, em todos os casos em que se verificou respeito às decisões do judiciário que anulam atos do legislativo, o parecer e as sentenças das côrtes

acabam impondo-se, contribuindo a censura do executivo e do legislativo para reforçar a posição do poder judiciário. Finalmente, o fato de que os outros poderes de govêrno cedem diante do judiciário, muito embora não exista nenhum dispositivo legal que mande que assim procedam, contribui para mostrar que foi a aceitação de certas noções básicas de lei e de govêrno que levaram os homens a sancionar e apoiar os princípios básicos da teoria americana de constituição escrita.

Por que foi adotada nos Estados Unidos esta nova aventura nos negócios políticos? Estranho como pode parecer, as razões que são comumente apresentadas em defesa da adoção da medida de revisão judiciária das leis, deixa de levar em conta êste processo político em particular. As razões da aceitação da doutrina americana de direito constitucional, conforme foi definido por JOHN MARSHALL, são as seguintes:

1. A constituição é uma lei suprema de que as côrtes devem reconhecer e, conseqüentemente, qualquer lei que a contrarie deve ser anulada.

2. As côrtes devem exercer seu poder com o objetivo de impor obediência aos termos de uma constituição escrita ou, em outras palavras, uma constituição escrita exige que o judiciário exerça êsse poder.

3. O juramento que prestam os juizes de defender a constituição, exige que êles obedçam a ela e desrespeitem as leis ordinárias.

4. Os atos legislativos ordinários contrários à constituição são, *ipso facto*, nulos; conseqüentemente as côrtes são obrigadas a desrespeitar tais atos.

E' fácil demonstrar, como fizeram os Ministros da Suprema Côrte (3), Bland e Gibson (4), que nenhuma das razões expostas explica ou justifica o emprêgo dêsse poder extraordinário pelo judiciário. Primeiro, se a constituição é uma lei soberana que todos são obrigados a cumprir, com que base pode o tribunal insistir que seu julgamento é superior ao do legislativo que fêz a lei? Segundo, um tal poder é necessário para impor obediência aos termos de uma constituição escrita? Se o é, por que tantas constituições modernas, deliberadamente, retiram das côrtes êsse poder extraordinário ou nunca lhes confere, talvez essa autoridade? No que respeita ao juramento de defender a constituição, tôdas as autoridades, inclusive os membros do legislativo, os juizes e o executivo, o prestam. Porque o prestam os juizes, lhes dá autoridade para manifestar-se sôbre o espírito dos autores da lei?

URY x MADISON — I Cranch 137 at 176

a melhor exame dêsses precedentes, vide *American Doctrine of Judicial Supremacy*, de Chalmers — Caps. V-VIII.

(3) Ibid. — pág. 261.

(4) Eakin contra Roub, 12 Sergeant & Rawles 30 (1825).

Por que deveria um ato do legislativo, aprovado de acôrdo com tôdas as normas legais e na devida forma, ser considerado como um ato que jamais foi aprovado ou que é, *ipso facto*, nulo? Não seria uma presunção afirmar que os atos de direito de um poder pode ser anulado por um outro? De fato, conforme indicou o Ministro Gibson, todos os argumentos favoráveis à doutrina americana começam por considerar todo o campo em debate e esta linha de argumentos é, particularmente, evidente na opinião de Marshall. Se as razões apresentadas nos seus pareceres assim como nos de outros juizes não têm valor e não são conclusivas, como, pois, poderá o princípio da revisão pelo judiciário ser levado em conta? A resposta a esta indagação é melhor expressa na linguagem do Professor Burgess:

Devemos voltar às leis e à constituição para uma explicação. E' consciência do povo americano que a lei deve apoiar-se na razão e na justiça, que a constituição é a formulação mais precisa de princípios fundamentais de justiça e da razão do que os atos legislativos ordinários e que o judiciário é o melhor intérprete desses princípios fundamentais do que o legislativo. E' esta consciência que dá autoridade à Suprema Côrte para interpretar a Constituição e eu acrescentaria, além disso, que é desta consciência que resultou a implantação nos Estados Unidos daquilo a que se chamou de supremacia do judiciário. (5)

DOUTRINAS POLÍTICAS QUE AFETAM OS PONTOS DE VISTA AMERICANOS A RESPEITO DAS CONSTITUIÇÕES ESCRITAS

Algumas das doutrinas políticas que muito cooperaram para dar a necessária sanção à teoria americana de constituição escrita são as seguintes:

Primeiro, falta de confiança no poder legislativo — Era pensamento geral, na época em que foram elaboradas as constituições americanas, que a autoridade do legislativo devia ser restringida e que se devia tomar uma medida especial de precaução para proteger o povo contra o domínio do legislativo. A teoria dominante foi assim resumida por Thomas Jefferson: "A concentração de todos os poderes num órgão legislativo é precisamente a definição de um govêrno despótico. Cento e setenta e três déspotas seriam, certamente, tão opressores como um só. Um despotismo eletivo não era o govêrno pelo qual lutamos, mas um govêrno que não estaria fundado sôbre

princípios de liberdades mas, sim, um govêrno cujos poderes estão de tal modo divididos e contrapesados entre os vários órgãos da magistratura que ninguém poderá ultrapassar seus limites legais sem ser realmente dominado e controlado pelo outro".

Segundo, proteção à minoria — Proteger a minoria contra os perigos de opressão exercida pela maioria foi outro objetivo que os fundadores da República visaram a alcançar quando elaboraram a constituição. Naquela época temia-se muito o govêrno da maioria, decidindo-se, então, que "a maioria deve ser reduzida, à vista de um número e de sua situação no meio, a uma condição que não lhe permita conceber e executar planos de opressão". Madison e outros pensaram que os méritos da constituição federal estão no fato de que ela garantia os direitos da minoria contra "a fôrça superior de uma maioria interesseira e poderosa".

Terceira, proteção à propriedade e aos direitos — Presidiu o processo de elaboração da constituição a idéia de que o direito de propriedade é sagrado, direito êsse que o govêrno deve preservar e defender como sua função precípua. A excelente posição da propriedade e dos direitos de propriedade no sistema constitucional americano foi assim definida por Hadley:

E' evidente que amplos poderes e privilégios foram constitucionalmente delegados à propriedade privada em geral e à propriedade coletiva em particular... A situação do proprietário em face da lei não pode ser modificada por ato do legislativo, do executivo, do povo de um Estado por meio de seu voto ou mesmo pelo poder dos três elementos reunidos. Não pode ser mudada realmente sem que se verifique uma unanimidade de acôrdo entre os juizes (o que os levaria a mudar seus tradicionais pontos de vista), sem que se emende a constituição dos Estados Unidos por meio da lenta e vagarosa maquinaria prevista para êsse fim ou, afinal, por meio de uma revolução que, segundo espero, é improvável.

Quando se diz, como é comum, que a divisão fundamental dos poderes do Estado moderno se processa entre o legislativo, o executivo e o judiciário, o estudioso das instituições americanas pode, perfeitamente, notar uma exceção. A divisão fundamental dos poderes na Constituição dos Estados Unidos é, de fato, entre o eleitorado, de um lado, e os proprietários, de outro. As fôrças da democracia de um lado, divididas entre o legislativo e o executivo, são lançadas contra as fôrças da pro-

(5) *Political Science and Constitutional Law*, de John W. Burgess (Ginn and Company, 1902, vol. II, página 365).

priedade, de outro lado, tendo o judiciário como árbitro entre eles; a própria constituição não só proíbe o legislativo e o executivo de ferir os direitos de propriedade como, também, obriga o judiciário a definir e defender esses direitos da maneira por ela prevista. (6)

Desde que foram formulados esses princípios fundamentais, as constituições passaram por consideráveis modificações. Quando as constituições escritas foram, pela primeira vez, elaboradas, verificou-se séria disposição para nela incluir, de uma maneira geral, a estrutura do governo com a organização dos grandes ministérios. Na América, a declaração de direitos cedo foi incorporada ao seu texto, passando a ser considerada como parte integral da mesma. Mais tarde, o processo de emenda e revisão foi tratado com mais detalhe como um dos elementos essenciais da lei básica. Do ponto de vista desses princípios, a constituição federal é considerada um modelo porque se limita a dispor sobre questões consideradas indispensáveis.

(6) Extraído de *The Independent* — (16 de abril de 1908, vol. LXIV, pág. 834).

BIBLIOGRAFIA SUPLEMENTAR

- WILSON, WOODROW, *Constitutional Government in the United States* (Columbia University Press, 1908).
- WILLOUGHBY, W. F., *The Government of Modern States* (D. Appleton-Century Company, Inc., 1919) caps. VI e VII.
- HAINES, CHARLES GROVE, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (University of California Press, 1932) edição revista.
- WILLOUGHBY, WESTEL W., *Principles of Constitutional Law of United States* (Bakes, Voorhis & Co., 1930).
- BRYCE, JAMES, *Studies in History and Jurisprudence*, (Oxford University Press, 1901), vol. I, págs. 124, 213.
- OGG, FREDERIC AUSTIN, *English Government and Politics* (The Macmillan Company, 1929), caps. II e III.
- MACIVER, R. A., *The Modern State* (Oxford University Press, 1926), págs. 364-395.
- FINER, HERMAN, *Theory and Practice of Modern Government* (Dial Press, 1931) vol. I, caps. VII e VIII.
- BEARD, CHARLES A., *The Supreme Court and the Constitution* (The Macmillan Company, 1912).
- BEARD, CHARLES A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (The Macmillan Company, 1913).
- HORWILL, HERBERT W., *The Usages of the American Constitution* (Oxford University Press, 1925).
- ZURCHER, ARNOLD JOHN, *The Experiment with Democracy in Central Europe* (Oxford University Press, 1933) caps. I e II.
- MANIOTT, J. A. R., *Mechanism of Modern State* (Oxford University Press, 1927).

(Fim do Cap. XIII)