

ADMINISTRAÇÃO E DIREITO

DOCTRINA

Evolução do contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos

GEORGE H. JAFFIN

Membro do iôro de New York e das Côrtes Federais — Senior Attorney da "Securities and Exchange Commission"

(Tradução de L. C. DE MIRANDA LIMA)

SUMÁRIO: — *Contrôle jurisdicional e federalismo — Meios judiciais de obter o pronunciamento da inconstitucionalidade — Natureza da função judicial — Ação declaratória.*

CONTRÔLE JURISDICIONAL E FEDERALISMO

O CONTRÔLE jurisdicional da constitucionalidade das leis, tal como existe nos Estados Unidos, é uma instituição tão original e intimamente ligada ao desenvolvimento do federalismo americano que os juristas do continente europeu experimentam, amiúde, certa dificuldade em compreender-lhe o mecanismo. Na França, principalmente, os autores que, durante as duas primeiras décadas do século XX, apontaram aos seus patrícios a existência dessa faculdade judicial, fizeram-no, muitas vezes, com o propósito de vê-la implantada em seu próprio país, o que os levou a dissimular muitos de seus traços peculiares, para diminuir a oposição que, em face das tradições constitucionais francesas, pudesse provocar a instituição americana. Este expediente assumiu dupla forma. Primeiramente, restringindo o contrôle da constitucionalidade das leis à limitadíssima esfera que lhe marcara MARSHALL, ao decidir o caso *Marbury versus Madison* (1), e fazendo abstração de todo o progresso posterior, verificado de 1803 até nossos dias. Posteriormente, valendo-se, para definir seu funcionamento e efeitos, de comparação — que durante muito tempo correu, e ainda hoje não deixou de circular — com a atitude do juiz de paz francês que se nega a punir a infração de uma ordenança municipal que julga ilegal, porque excede à competência atribuída pela lei ao seu autor, ou porque se não tenham observado, na sua elaboração, as formalidades prescritas.

Esforços constantes para tornar compreendida na França a verdadeira fisionomia do nosso contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis — à luz dos textos de nossa jurisprudência constitucional e, particularmente, das decisões da Suprema Côrte Federal — teem sido desenvolvidos por EDOUARD LAMBERT em: *Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États Unis*, em 1921, tomo 6.º da Biblioteca do Instituto de Direito Comparado de Lião; *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux États Unis*, em 1924, e na sua contribuição às *Melanges Hauriou: Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des États Unis*, em 1929. Outros, depois dele, seguiram a mesma trilha: ROGER PINTO (2) e HENRI GALLAND (3), autores de teses de doutorado, e especialmente JACQUES LAMBERT, nos quatro primeiros volumes de sua *Histoire constitutionnelle de l'Union Américaine*, cujo tomo IV — *Du Contrôle de la constitutionnalité des lois au Gouvernement des juges* (Paris, Sirey, 1937) — se limita, páginas 261-306, a explicar como, por que transições e sob influência de que causas, as Côrtes de Justiça reuniram, ao contrôle da competência legislativa, o do exercício dessa competência e de sua conformidade com os fins para os quais foi concedida — mediante o exame do caráter razoável ou não razoável, regular ou irregular, das restrições impostas, pelas leis impugnadas, aos direitos individuais.

Se essa documentação, tirada das coleções de sentenças, não eliminou ainda, inteiramente, da literatura francesa a concepção deformada do con-

(1) *Cranch* 137.

(2) *Des juges qui ne gouvernent pas*, 1934.

(3) *Le Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux États-Unis*, 1932.

trôle jurisdicional americano, a que nos vimos referindo, é porque encontrou apóio na crença, demasiado em voga na França, de que às côrtes de justiça americanas só é permitido examinar a constitucionalidade das leis por via de exceção, quando de um litígio de direito privado entre particulares, ou de uma ação judicial intentada contra aquele que infringe a lei que reputa inconstitucional.

Entendo que a minha melhor contribuição para o *Recueil Lambert* estará em ajudá-lo a desfazer esta crença, e em mostrar aos seus compatriotas em que consiste a instituição do contrôle da constitucionalidade das leis. Êste estudo, pois, destina-se a salientar o papel que desempenharam os vários meios de introdução do contrôle judicial na evolução que o transformou, a pouco e pouco, desde a sua origem como litígio de direito privado ou penal, e que levou o contencioso constitucional a assumir caráter especial, que se lhe não pode negar; compará-lo com o contrôle de simples competência e legalidade exercido pelo juiz de paz respeito às ordenanças municipais, equivale a tentar colocar a formiga e o elefante na mesma balança.

Se se teima em assinar-lhe um têrmo de comparação em alguma instituição de direito francês, é um outro ponto que se deve procurar no contrôle e supervisão que exerce o Conselho de Estado sôbre os regulamentos administrativos, mediante o recurso de excesso de poder e graças à inclusão do conceito de abuso do poder naqueloutro mais amplo.

O traço que fez com que o contrôle da constitucionalidade das leis se impusesse afinal à atenção do público culto fora dos Estados Unidos foi a significação política e o caráter espetacular das declarações de inconstitucionalidade pronunciadas pela Suprema Côrte dos Estados Unidos contra conhecidas tendências da legislação social, e, principalmente, os obstáculos que, no decurso dos últimos anos, tem oposto ao desenvolvimento da experiência econômico-social — distinguidamente, às tentativas de ressurgimento industrial e de reajustamento agrícola — do regime ROOSEVELT. Por esta razão, limitar-me-ei à tarefa histórica de investigar e separar, no campo da jurisprudência federal e no dos litígios particulares, os que se podem chamar *constitutional test cases*. Apenas, quando indispensável à compreensão das origens e razão de ser dos progressos dêste ramo da juris-

prudência federal, faremos menção às relações existentes entre a justiça federal e as jurisdições dos Estados, para exercício do contrôle da constitucionalidade das leis.

MEIOS JUDICIAIS DE OBTER O PRONUNCIAMENTO DA INCONTITUCIONALIDADE

Atualmente, são três os meios utilizados pelos litigantes para submeter o contrôle da constitucionalidade das leis às Côrtes de Justiça: 1.º) exceção de inconstitucionalidade; 2.º) o recurso ao procedimento de equidade, que é o pedido à Côrte de uma *injunction* que proíba aos funcionários públicos dependentes do Poder Executivo, obrigados ao cumprimento da lei argüida de inconstitucional, sua aplicação ou mera tentativa de aplicação; 3.º) o uso do procedimento da sentença declaratória.

Os dois primeiros meios proveem das primeiras linhas do art. 3.º, secção 2, da Constituição Federal, que diz: “O Poder Judiciário estender-se-á a todos os casos de lei e de equidade, que se suscitam em tórno da Constituição, das leis dos Estados Unidos”...

Desde a sua origem, pois, o Judiciário ficava sujeito à antiga distinção inglesa entre *Common Law* e *Equidade* — à tradição dos dois sistemas de direito processual, ordinário um, extraordinário outro, funcionando separadamente. Em meados do século XIX, êsse dualismo de regimes processuais foi abandonado pela maioria dos Estados da União, que, seguindo o exemplo de Nova York, adotaram um sistema codificado, em que se associavam *Equidade* e *Common Law*, e se estabelecia forma única de ação em lugar da antiga diversidade de ações. As côrtes federais americanas, porém, não foram atingidas por êsse movimento e continuaram fiéis ao sistema vigente em 1789:

Dêste modo, o Judiciário federal exerceu sempre jurisdições paralelas de *Common Law* e *Equidade*. Conseqüentemente, podiam-se buscar em cada um dêsses dois corpos tradicionais de procedimento os meios de levar ao exame da constitucionalidade das leis. Mas, o meio normal e preferível encontrava-se primeiramente na *Common Law*, e êsse foi a exceção de inconstitucionalidade. O Código judiciário, desde sua forma originária, em 1788, admitira a doutrina fundamental da *English Chancery*, segundo a qual o recurso de *Equidade* não é pertinente senão quando inadequados os remédios previstos pela *Common Law*.

Durante o período anterior à Guerra de Secessão, o Judiciário federal teve, relativamente, poucas oportunidades de se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis. No decurso desse largo período, pareceu pouco disposto a intervir em tal problema. O Judiciário recusava-se a exercer funções de caráter executivo ou legislativo. E, de conformidade com esta atitude, as côrtes federais não se sentiam habilitadas a decidir *political questions*, embora se apresentassem sob a forma de ação de *Common Law* ou *Eqüidade*. De mais a mais, a jurisdição reconhecida originariamente ao Judiciário federal era de extensão limitada.

A primeira grande ampliação no alcance da jurisdição federal foi uma consequência da Guerra Civil; a defesa do prestígio federal exigiu o exercício de poderes que pudessem assegurar sua manutenção e permanência. O Congresso não vacilou já em exercer uma série de poderes adicionais; e servindo-se deles contra os Estados confederados recalcitrantes, delegou-se jurisdição adicional ao Poder Judiciário federal, com a adoção das emendas 13.^a, 14.^a e 15.^a da Constituição, especialmente a 14.^a que, em 1868, proibiu aos Estados diminuir os "privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos" e privar "qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem *due process of law*". Para garantir a eficácia destas emendas, e impedir que os Estados do Sul as burlassem, ditou o Congresso uma legislação suplementar — os *Reconstruction Acts*, *Civil Rights Acts*, etc. . . Como o Poder Judiciário era instrumento importante para o cumprimento da lei, e como os tribunais estaduais não se furtavam inteiramente às influências locais, a jurisdição do Poder Judiciário da União se alargou, para evitar que as Côrtes dos Estados tornassem fictícia a aplicação da lei federal. Pela primeira vez, em 1875, reconheceu-se, expressamente, às Côrtes federais a jurisdição originária em casos oriundos da Constituição (depois de emendada) ou leis dos Estados Unidos (4). Exercia-se tal jurisdição quando se discutia a constitucionalidade da legislação federal ou dos Estados (5). Além disto, a Côrte Suprema continuava a exercer jurisdição, por via de apelação, sobre as

decisões constitucionais das côrtes dos Estados (6).

Se a extensão da jurisdição constitucional do Judiciário federal pode considerar-se como consequência da Guerra Civil e uma demonstração do renascimento do federalismo, outras forças contemporâneas são mais diretamente responsáveis por essa crescente influência das côrtes nacionais no contencioso constitucional. Depois da Guerra de Secessão, e durante o turbulento período da reconstrução, o progresso econômico do país suscitou numerosas questões constitucionais. Em 1869, colocou-se o último trilho da primeira ferrovia transcontinental; na sétima e oitava décadas do século XIX, o problema da regulamentação do sistema de ferrovias se aguçou. Nas últimas décadas do século XIX, o imenso desenvolvimento industrial e comercial em toda a nação provocou uma série de leis de regulamentação social e econômica. Desse amplíssimo exercício do Poder de Polícia, tiveram de ocupar-se cada vez mais as côrtes federais. Como a Côrte Suprema conservava sempre sua jurisdição de apelação sobre as decisões das côrtes estaduais nesses assuntos, resta examinar como as côrtes federais de menor hierarquia adquiriram influência crescente por sua intervenção imediata em primeira instância.

Essa intervenção efetiva se verificou no final do século XIX, mediante a proposição de três doutrinas constitucionais de importância capital.

Primeira: Embora a 14.^a emenda, aparentemente, se destinasse a proteger as pessoas naturais, as entidades abstratas, como as corporações, puderam também encontrar abrigo na interpretação extensiva de seus termos. Assim, ficaram a coberto da privação de sua propriedade sem *due process of law* (7).

Segunda: A doutrina de *Munn versus Illinois* (8), de que as tarifas fixadas pelas empresas que executavam serviços de interesse público estavam sujeitas a homologação, foi temperada mais tarde por outra doutrina, segundo a qual a homologação dessas tarifas devia ser razoável, porque, de outro

(4) Ver a secção I do *Ato Judiciário de 1875* (18 Stat. 470, c. 137).

(5) *Civil Right Cases*, 109, U. S. 3,3 Sup. Ct. Rep. 18 (1883), *Bulchers Union Slaughter-House, etc. Co. v. Crescent City, etc. Co.* 111 U. S. 736, 4 Sup. Ct. Rep. 652 (1883); *New Orleans Gaslight Co. v. Louisiana Light Co.*, 115, U. S. 650, 6 Sup. Ct. Rep. 252 (1885).

(6) *Slaughter-House cases*, 16 Wallace 36 (1873); *Munn versus Illinois*, 94, U. S. 113 (1876); *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623, 8 Sup. Ct. Rep. 992, 1257 (1887).

(7) *Santa Clara Country v. Southern Pacific R. Co.*, 118 U. S. 394, 396, 6 Sup. Ct. Rep. 1132 (1886); *Covington and L. Turnpike Road Co. v. Sandford*, 164, U. S. 578, 592, 17 Sup. Ct. Rep. 198 (1896).

(8) 94 U. S. 113 (1876).

modo, a companhia (e. g., ferrovia) seria privada de sua propriedade sem *due process of law*. A determinação do caráter razoável das taxas se converteu em questão aberta ao conhecimento judicial, e as decisões das comissões fiscalizadoras das companhias concessionárias de serviço público ficaram sujeitas a um controle judicial direto (9).

Terceira: Embora a 11.^a emenda proibisse propor ações contra o Estado (10), doutrina posterior entendeu que isto não era obstáculo para iniciar uma ação contra o funcionário do Estado que tentara aplicar uma lei inconstitucional.

Surge-nos, agora, no desenvolvimento histórico das formas de introdução do controle da constitucionalidade das leis, o segundo dos meios utilizados: a *injunction*.

O germe dêsse recurso, encontrámo-lo já em 1824, no caso *Osborn v. Bank of the United States* (11), no qual a Corte Suprema, sob a direção de MARSHALL, ratificou uma *injunction* concebida pela corte federal para impedir que um funcionário estadual exigisse um imposto inquinado de inconstitucional. Procurou-se justificar, mais tarde, tal deformação da 11.^a emenda — na importante interpretação dada, em 1908, no caso *Ex parte Young, Attorney General* (12) — afirmando-se que um funcionário que procura impor uma lei inconstitucional perde, *ipso facto*, seu caráter oficial.

Numa época em que vários Estados faziam tentativas para regulamentar estradas de ferro e outros serviços públicos, quando o Poder de Polícia se punha em prática em várias formas de legislação social e econômica, o segundo meio de introdução do controle jurisdicional foi de grande utilidade para provar a constitucionalidade de uma lei. Intentaram-se, ante as cortes federais inferiores, inúmeras demandas com o propósito de impedir que os funcionários do Estado procurassem dar força e vigor a leis que se consideravam dita-

das com violação da 14.^a emenda. A Corte Suprema declarou que essas petições não violavam a 11.^a emenda, porque esta se aplicava aos casos em que o Estado tivesse interesse pecuniário, ou patrimonial, não, porém, aos em que o Estado tinha somente interesse governamental. A Corte reconheceu essa doutrina em 1894 no caso *Reagan v. Farmers Loan and Trust Co.* (13) por ocasião de uma *injunction* proposta contra o *Attorney General* e os membros de uma comissão de estradas de ferro do Estado para impedir que fizessem aplicar uma tarifa de ferrovias fixada de acordo com uma lei do Estado. E a Corte confirmou essa jurisprudência em 1898, em sua decisão no caso *Smith, Attorney General v. Ames* (14). No caso *Reagan*, a doutrina era justificada por esta forma:

“Conquanto o Estado seja a única parte interessada no pleito, a única relativamente à qual a sentença terá eficácia direta, não tem nenhum interesse de ordem pecuniária. Libertando-nos de todo formalismo, os únicos interessados, patrimonialmente atingidos, são os armadores e transportadores. Sem dúvida nenhuma, pode dizer-se que o Estado está interessado no caso, mas só num sentido governamental. Está interessado no bem estar de seus cidadãos, na justa e igual eficácia de todas as suas leis; mas tal interesse, despido de caráter pecuniário, não é afetado por uma sentença adversa”.

Depois, porém, que esse primeiro óbice — a defesa que a 11.^a emenda reconhecia originariamente aos Estados contra as ações individuais — desapareceu, o desenvolvimento do segundo meio de introdução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis pareceu, por algum tempo, estar limitado ou paralisado pela intervenção de outro obstáculo constitucional: a doutrina da separação de poderes.

Esse último problema se desenhou com grande clareza na decisão da Corte Suprema em 1899, no caso *Fitts, Attorney General v. Mc Ghee* (15), em que a Corte anulou uma *injunction* obtida por uma companhia de estradas de ferro com o fim de impedir que o *Attorney General* fizesse aplicar uma lei do Estado de Alabama que os autores julgavam inconstitucional. Para fugir à crítica feita em 1890 (nota 9, *supra*) por um membro da Corte Suprema, para quem esta se constituía em superlegislativa, tentou-se, no caso *Fitts*, lindar a ampla concessão feita nas decisões de 1894 e 1898, respeito

(9) *Chicago M. and St. P. Ry Co. v. Minnesota ex. Railroad and Warehouse Commission*, 134 U. S. 418, 10 Sup. Ct. Rep. 462 (1890). Nesse caso, o Juiz BRADLEY, num enérgico voto contrário, afirmou que a maioria rejeitara a jurisprudência do caso *Munn*. Alegou, efetivamente, que o Judiciário violava a doutrina da separação dos poderes por usurpar funções legislativas; por se transformar, em outras palavras, numa superlegislatura.

(10) Ver *Louisiana v. Jumel*, 107 U. S. 711, 2 Sup. Ct. Rep. 128 (1883), *Hans v. Louisiana*, 134 U. S. 1, 10 Sup. Ct. Rep. 504 (1889).

(11) 9 *Wheaton*, 738 (1824).

(12) 208 U. S. 123, 28 Sup. Ct. Rep. 441.

(13) 154 U. S. 362, 14 Sup. Ct. Rep. 1.047.

(14) 169 U. S. 466, 18 Sup. Ct. Rep. 418.

(15) 172 U. S. 516, 18 Sup. Ct. Rep. 269.

à petição de *injunction* como meio de iniciar o litígio constitucional. A Côrte afirmou:

“Deve-se observar que nem ao *Attorney General* de Alabama, nem ao *Solicitor* da 11.^a circunscrição judiciária do Estado apelado se recomendou por lei algum dever especial em relação com o ato...

Em cada um dos casos invocados em favor da manutenção da *injunction*, pode-se ver que os demandados eram funcionários do Estado, especialmente incumbidos de executar a lei que se pretendia inconstitucional, e se afirmava que, em virtude da autoridade por esta conferida, haviam praticado ou estavam por praticar algum dano específico ou transgressão, aos direitos do demandante.

Neste caso, nenhum dos funcionários do Estado nomeados tem relação especial com a lei argüida de inconstitucional. Não estão expressamente encarregados por ela de vigiar a sua aplicação. Se, só porque são funcionários legais do Estado, se pudesse propor uma ação com o objetivo de pôr à prova a constitucionalidade da lei, mediante uma “*Injunction*” pedida contra eles, então a constitucionalidade de cada lei poderia ser contestada por uma ação contra o governador e o “*Attorney General*”, fundando-se em que o primeiro, como órgão máximo do Executivo do Estado, está, de um modo geral, incumbido da execução de todas as suas leis, e o último, como “*Attorney General*” deve representar o Estado nos litígios resultantes de sua aplicação. Este seria o caminho mais fácil para obter decisão judicial rápida sobre questões de direito constitucional que poderiam ser propostas por particulares...”

Nestas linhas proféticas, a Côrte Suprema previu o grande desenvolvimento que alcançaria a *injunction* como meio de iniciar o contencioso constitucional, tão depressa se abandonasse a distinção — que a experiência demonstrou ser ilógica — entre pedidos de *injunction* dirigidos contra funcionários que eram encarregados, especialmente, da aplicação da lei examinada e pedidos dirigidos contra funcionários que participavam na aplicação da lei somente em razão dos deveres gerais do seu cargo. E tal aconteceu, finalmente, em março de 1908, com a decisão da Côrte no caso *ex parte Young Attorney General* (16). Após recordar a distinção formulada no caso *Fitts* em 1899, a Côrte Suprema dos Estados Unidos repeliu-a definitivamente nestes termos:

“O fato de o funcionário do Estado, por força de seu cargo, ter alguma relação com a aplicação da lei, é o realmente importante; não interessa que essa relação resulte do direito comum ou seja criada especialmente pela própria lei em discussão”.

A partir daí, a *injunction* logrou ser, tal como a Côrte Suprema havia profetizado em 3 de janeiro de 1899, “maneira muito cômoda de obter decisão judicial rápida em questão de direito constitucional” e um meio que torna possível não só sobressair o caráter excepcional do contencioso constitucional, senão também extrai-lo das ficções criadas pelos ritos processuais imitados do litígio ordinário de direito privado. Cada vez com maior freqüência, *injunctions* desta ordem eram concedidas pelos juízes federais singulares. Para diminuir os inconvenientes oriundos da concessão, sem discernimento bastante, de *injunctions* que atavam as mãos dos funcionários do Estado, o Congresso, em 1910, proibiu aos magistrados singulares a concessão de tal recurso; o pedido devia ser apreciado por uma côrte federal especial de três juízes, com apelação direta para a Côrte Suprema (17). Não obstante, apesar desta tentativa congressista para reduzir essa imprevista concessão de *injunctions*, continuaram elas a ser concedidas por um triunvirato pertencente ao Judiciário federal.

O aparecimento de terceiro meio de introdução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, mais direto e enérgico que a exceção de inconstitucionalidade contida no recurso de *Common Law* ou no procedimento penal, ou, ainda, no pedido de *injunction*, foi estimulado pela corrente de idéias que, a partir de 1918, provocou nos Estados Unidos a penetração cada vez maior do processo da sentença declaratória.

Não é preciso insistir aqui no papel, no caráter e nas condições de funcionamento dessa forma de sentença. A êsse respeito, os juristas dos países europeus onde não está em uso o procedimento poderão encontrar informação suficiente nas substanciais indicações gerais apresentadas, em 1932, ao Congresso Internacional de Direito Comparado pelos Professores EDWIN M. BORCHARD, GIUSEPPE CHIOVENDA e LEO ROSENBERG, publicados na *Acta Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae (Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé)* vol. II, págs. 534-629 (1934). Além disso, o assunto foi tratado no *Recueil Lambert* pelo escritor que mais contribuiu para a divulgação da sentença declaratória nos Estados

(16) 209 U. S. 123, 28 Sup. Ct. Rep. 441.

(17) Ver Ato de 1940, 36 Statutes 557, c. 309, section 17.

Unidos; EDWIN M. BORCHARD (18). E foi o tema do segundo volume da *Bibliothèque de L'Institut de Droit Comparé de Lyon*, aparecido em 1922: MAYNARD, *Les Jugements Déclaratoires*. Basta-nos recordar a definição dada por êste:

“O procedimento da ação declaratória é o em que, de duas partes, igualmente respeitadoras da legalidade, porém em desacôrdo quanto à sua interpretação, uma delas pede ao juiz uma decisão que, determinado o conteúdo e o alcance de seus direitos e obrigações recíprocas, tenha a autoridade da *res judicata*, sem encerrar qualquer sanção coercitiva”.

O recurso à sentença declaratória, como meio de levar os juizes a provar a constitucionalidade das leis, desenvolveu-se nas côrtes dos Estados muito antes de atingir as côrtes federais. Conquanto êsse procedimento se estendesse rapidamente como resultado da legislação especial de muitos Estados da União, foi necessário aguardar até 1934, afim de que uma lei do Congresso concedesse poderes idênticos às côrtes federais. A experiência realizada em as côrtes estaduais demonstrou que a sentença declaratória era apropriadíssima para o contencioso constitucional, e, eventualmente podia sobrelevar-se à *injunction*, assim como esta se sobrepusera aos outros meios fornecidos pelo *Common Law*. Desde que, como já sugerimos, o primeiro fim da contenda constitucional é conseguir uma sentença declaratória de constitucionalidade, e hoje se admite possa usar-se tal procedimento, não chegará a ser supérfluo o pedido de *injunction*?

Ainda em pedidos dessa ordem anteriores à lei que permite a sentença declaratória, não foi sempre preciso conceder a *injunction*. O funcionário do Estado contra quem se pede o recurso sabe que não é êste senão um *test case*. Êle não está interessado em aplicar a lei particularmente contra o demandante; antes deseja uma declaração judicial sobre a validade da lei relativamente a toda comunidade. Para facilitar tal declaração, desiste, freqüente e voluntariamente, de aplicar a lei contra o demandante, até que se resolva a questão, mais importante, de constitucionalidade.

Isto corrobora nossa tese inicial: que as sentenças, nos casos constitucionais, são essencialmente

declaratórias; e que o emprêgo de outros meios, pertencentes à *Common Law* ou concedidos em nome da Equidade, não é senão rito processual com que se procura convencer de que o caso é passível de apreciação judicial, pois que se usam para propô-lo os mesmos procedimentos consagrados em 1789 pela *Court of Kings Bench* e pela *High Court of Chancery*.

NATUREZA DA FUNÇÃO JUDICIAL

Na jurisprudência da Côte Suprema, só recentemente, em fevereiro de 1933, se logrou o máximo dêste desenvolvimento histórico, pois foi necessário, primeiro, suprimir o obstáculo representado por uma das mais antigas e firmes doutrinas da jurisprudência constitucional de tal Côte.

Nos primeiros anos de vida, teve a Côte ocasião de definir a natureza essencial da função judiciária; e, mais tarde, apegou-se constantemente a êsse artigo de fé.

Duas forças distintas criaram tal concepção. Primeira, a doutrina da separação tripartida de poderes, exposta por MONTESQUIEU e aceita pelos autores da Constituição. Segunda, o sistema judicial e a jurisprudência desenvolvida na metrópole e transplantada para a América. Estando a soberania dividida em três funções — legislativa, executiva e judiciária — considerava-se *ultra vires* que qualquer delas invadisse o campo da outra. Como roteiro do que caracterizava a função judiciária, os autores da Constituição tomaram o exemplo inglês, onde o poder judiciário, no decurso de séculos, havia desenvolvido o sistema dual de *Common Law* e *Equidade*. Logo, a função judiciária era definida pela Constituição de acôrdo com as formas primitivas de litígio, isto é, casos de *Common Law* e *Equidade*.

Esta definição era considerada como limitativa do poder judiciário federal; a menos que, e até que uma controvérsia atingisse o grau de litígio, não estava madura para a digestão judiciária; e a menos que o litígio seguisse os trâmites de uma ação de *Common Law* ou de um pedido em nome da Equidade, o ôlho judicial veria com temor todo novo procedimento que derogasse o antigo sistema. E é importante salientar que, quase século e meio, o dever solene que se impôs o poder judiciário de pronunciar-se sobre questões de constitucionalidade havia sido exercido só em casos de controvérsias de *justiciable character*. O Judiciário

(18) *Les développements récents du jugement déclaratoire*, págs. 535-550 do segundo volume da *Introduction à l'Etude de Droit Comparé (Recueil d'Etudes en l'honneur d'EDOUARD LAMBERT)*.

rio federal recusava firmemente toda intervenção para decidir, como oráculo, questões constitucionais *per se*, sem que se apresentasse a ocasião oportuna, ou seja, a necessidade de pronunciar-se entre as alegações contraditórias dos litigantes que haviam atuado de acôrdo com a *Common Law* ou a *Equidade* (19). De outro modo, a Côrte se transformaria em uma superlegislatura.

Em sua primeira infância, o Judiciário federal declarou firmemente que sua única função, segundo a Constituição e o *Judiciary Act*, era receber e julgar casos concretos, pleitos e controvérsias atuais que culminassem em litígio; não resolver gratuitas consultas jurídicas, nem responder a questões abstratas, hipotéticas ou acadêmicas. Foi preciso, então, estabelecer o critério por que se deveriam nortear os juizes federais para que soubessem quando estavam em presença de um caso ou controvérsia sôbre que podiam ter jurisdição.

Os feitos historicamente julgados pela *Court of Kings Bench* e pela *High Court of Chancery* foram reputados modelos que convinha imitados, tendo-se em conta, sobretudo, que a própria Constituição definira o poder judiciário apelando para os termos *Common Law* e *Equidade*. A adoção, porém, do modelo de litígio de 1789 como critério *negativo* (isto é, a menos que o caso caiba em uma das categorias tradicionais, as côrtes federais não poderão ocupar-se dele) redundava em atitude ilógica e obsoleta. Ilógica, porque a proposição afirmativa — se era um caso em 1789, é um caso em 1937, não implica, necessariamente, a proposição negativa ou inversa, a saber — se não era um caso em 1789, não pode sê-lo em 1937.

À parte a enganosa lógica de tal posição, o critério negativo implica uma veneração do passado à custa do futuro. O conceito de litígio não é estático; no decurso dos séculos XIX e XX, verificou-se uma série de inovações processuais que se afastam dos modelos de 1789. E, não obstante, o poder judiciário federal parecia apegado àquele antiquado modelo. Muito embora diversos Estados, como Nova York, possuíssem formas mais simples e eficientes de litígio, como a apresentação à Côrte de uma exposição de fatos redigida com o consentimento das partes, obviando dêste

modo a necessidade das réplicas e tréplicas (20) ou um procedimento de sentença declaratória dos direitos das partes (21), o Judiciário federal se negava a seguir êste exemplo.

A resistência da Côrte Suprema mostrou-se, principalmente em sua decisão de 23 de janeiro de 1911 (22), que foi interpretada, de modo geral, exceto pelo *Chief Justice HUGHES* (23), que procurou, posteriormente, mudar o rumo da opinião comum, como condenação antecipada de todo esforço para fazer da sentença declaratória um meio de iniciar questão judiciária referente à constitucionalidade de uma lei. Essa decisão declarou inconstitucional uma lei do Congresso que autorizava os índios *Cherokee* a iniciar um litígio ante a *Court of Claims* com o único propósito de que esta se pronunciasse acêrca da validade da legislação do Congresso, estabelecendo também um recurso de apelação direta ante a Côrte Suprema da decisão da *Court of Claims*.

No caso *Muskra v. United States*, o juiz DAY, ao falar em nome da Côrte, depois de haver lembrado a afirmação do *Chief Justice MARSHALL* no *leading case of Marbury v. Madison*, em que declarou que “a Côrte não tinha um poder geral de veto da legislação do Congresso”, justificou com estas palavras a decisão assentada:

“E’ claro que êste procedimento não é senão uma tentativa para obter uma decisão judicial definitiva desta Côrte sôbre a validade constitucional de uma lei do Congresso. Cabe tal decisão nos poderes conferidos pela Constituição, tal como interpretados e definidos pelas autoridades a que nos referimos?”

Cremos que não. O poder judiciário... tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar a inconstitucionalidade de uma lei surge porque uma delas, invocada por uma das partes ao indicar seus direitos, está em conflito com a lei

(20) Art. 546, *Civil Practice Act*. Êsse método é muito próprio para a decisão de casos constitucionais e tem sido utilizado com o propósito de resolver questões constitucionais em numerosos casos levados às Côrtes de Justiça do Estado de New York.

(21) Secção 473 do *Civil Practice Act*. O procedimento da sentença declaratória tem sido utilizado nos tribunais de Nova York, desde 1932, em número sempre crescente de casos constitucionais, que citamos em o nosso artigo: *Federal Procedural Revision*, no n. 21 da *Virginia Law Review*, pág. 527, nota 76.

(22) *Muskra Case*, 219 U. S. 346, 31 Sup. Ct. Rep. 250 Cf. *Cherokee Nation v. Georgia*, 5 Peters I (1831).

(23) 45 *American Bar Association Reports* 266-67, Cf. ED. LAMBERT, *Gouvernement de juges*, págs. 192-94.

(19) A enumeração das principais afirmações dessa doutrina judicial pode-se encontrar na opinião expendida pelo juiz DAY em nome da Côrte no caso *Muskra v. U. S.* 219 U. S. 352, 359, 31 Sup. Ct. Rep. 250, 252.

fundamental. Esta faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Córte, não lhe é conferida como poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Córte escolha entre a lei fundamental e uma lei ditada na suposição de se enquadrar na competência constitucional, porém que, realmente, exorbita o poder conferido ao ramo legislativo do Governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial da validade da lei do Congresso não se apresenta em um caso ou controvérsia sôbre os que, apenas, alcança a jurisdição desta Córte, segundo a Constituição dos Estados Unidos" (24).

A Córte Suprema foi levada, em 1927, na questão *Liberty Warehouse Co. v. Grannis* (25), a reafirmar, mais direta e claramente, a inconstitucionalidade de toda tentativa para usar a sentença declaratória no contencioso constitucional. Aconteceu, porém, seja por acaso ou desígnio dos deuses imortais, que essa decisão foi pronunciada em feito no qual se buscava declaração judicial da inconstitucionalidade de uma lei do Estado por suposta violação da Constituição dos Estados Unidos. O poder da Córte Suprema para rever as decisões das côrtes estaduais nas questões constitucionais lhe fôra concedido pelo Congresso na 25.^a secção do primeiro *Judiciary Act* de 1789; e o exercício desse poder tem sido uma das funções vitais da Córte, antes e depois da 14.^a emenda. Não é necessário meditar muito para perceber que, como resultado de sua própria decisão, a Córte Suprema se condenara, involuntariamente, ao suicídio por inanição progressiva, porque, em número sempre crescente de Estados, nos quais o procedimento da sentença declaratória era considerado recurso eficiente para provar a constitucionalidade das leis, haveria inevitável disposição para convertê-lo em meio exclusivo de iniciar litígio constitucional, para evitar, assim, que a Córte Suprema exercesse sua jurisdição de apelação. Em outras palavras: a decisão de última instância da córte de Estado, relativamente à constitucionalidade de uma lei do Estado, escaparia à apelação e revisão da Córte Suprema Federal.

Para afastar tão catastróficas conseqüências e preservar sua função vital, garantindo-se conti-

nuada provisão de matéria constitucional, a Suprema Córte viu-se forçada a bater em discreta retirada. Na sua decisão no caso *Nashville, C. and St. Louis Railway v. Wallace* (26), de 6 de fevereiro de 1933, onde reconheceu que o procedimento da sentença declaratória era caso de *justiciable character*, a Córte habilitou-se a continuar executando sua excelsa tarefa como guardiã da Constituição. Nessa decisão, a Córte teve oportunidade para declarar:

"A Constituição não exige que o caso ou controvérsia se apresente dentro das formas tradicionais de procedimento, invocando sômente os remédios tradicionais. A cláusula judiciária da Constituição definiu e lindou o poder judiciário, mas não o método particular por que poderia ser chamado a intervir. Não cristalizou em formas imutáveis o procedimento de 1789 como o único meio possível de apresentar um caso ou controvérsia, juridicamente examinável de outro modo pelas Côrtes federais... Aos Estados é permitido regular o seu procedimento judiciário próprio. Daí, não serem bastantes modificações meramente na forma ou método de procedimento por que os direitos federais (os derivados da Constituição e das leis dos Estados Unidos) são levados à final adjudicação nas Côrtes dos Estados para impedir a revisão por esta Córte, enquanto o caso guarde os característicos de um procedimento contraditório que envolva controvérsia concreta, não hipotética, resolvida, finalmente, pela instância inferior (da mais alta Córte do Estado)".

Esta mudança radical na posição da Córte Suprema é seguida de perto por lei recente do Congresso que confere jurisdição às Côrtes federais inferiores no procedimento de sentença declaratória (27). E, à vista do pronunciamento da Córte Suprema na sua decisão de 6 de fevereiro de 1933, dificilmente poderá haver dúvidas respeito à constitucionalidade desta lei federal: porque, se a sentença declaratória não estivesse dentro da jurisdição original das côrtes federais de primeira instância, então a Córte Suprema não teria a incumbência de rever as sentenças declaratórias das Côrtes de Estado — mesmo em disputas constitucionais (28). Felizmente, foi abandonado, afinal, como um critério negativo, o de 1789.

(24) 219 U. S. 361, 31 Sup. Ct. Rep., pág. 255.

(25) 273, U. S. 70, 74, 47 Sup. Ct. Rep. 282; também *Willing v. Chicago Auditorium Association*, 277, U. S. 274, 289, 48 Sup. Ct. Rep. 507 (1927); *Piedmont and Northern Ry. Co. v. U. S.*, 280, U. S. 469, 50 Sup. Ct. Rep. 192 (1929).

(26) 288, U. S. 249, 264, 53 Sup. Ct. Rep. 345, 347. Ver, ainda *Harr v. Pioneer Mechanical Corp.* 65 Federal Rep. (2d.) 332 (C. C. A. 2d 1933) Cf. 295 U. S. 774 55 Sup. Ct. Rep. XXXV-XXXIX (1935).

(27) Veja-se 28. U. S. C. A. Secção 400 (1934).

(28) A constitucionalidade desta lei foi reconhecida, também, recentemente, pelo *Chief Justice HUGHES*, no voto emitido em nome da Córte em caso em que se pro-

O novo método processual tem a qualidade de acentuar os caracteres distintivos dos casos constitucionais. Como foi indicado anteriormente, do ponto de vista processual, o poder judiciário havia assemelhado o contencioso constitucional aos pleitos ordinários entre litigantes particulares; a constitucionalidade se determinava unicamente, como incidental na eleição entre as pretensões rivais das partes litigantes. Estes casos constitucionais pertencem a uma categoria única tendente a ser desprezada.

Nos litígios ordinários entre pessoas naturais, o Estado, que estabeleceu as côrtes de Justiça, está interessado em ver ministrar aos litigantes a espécie de reparação judicial a que tem direito: compensação dos danos ou reparação justa. Conquanto útil em certas classes de litígio, o procedimento de sentença declaratória não pode afastar inteiramente os remédios elementares, como uma sentença de indenização.

No contencioso constitucional, a situação é muito diferente. O Estado está primária e vitalmente interessado em lograr uma pronta determinação de seus próprios poderes constitucionais. O bom êxito da parte que traz o *test case*, qualquer que seja a forma de sua ação, é de importância secundária, o *test case* apenas proporciona a condição necessária e preliminar para que os oráculos constitucionais se arrisquem a falar. Assumida a jurisdição, o interesse do litigante é imediatamente sobrelevado pelo do Governo. Decidido entre autor e réu, a Côte declara se uma lei é ou não inconstitucional.

pusera a ação, não pará provar a sua constitucionalidade, mas para se obter uma sentença declaratória que determinasse não ser nula uma apólice por falta de pagamento.

O *Chief Justice* HUGHES declarou em nome da Côte:

1 — Que a lei federal de sentença declaratória se compreende na competência legislativa do Congresso.

2 — Que, desde que exista um caso concreto e atual, a função judicial pode ser exercida para decidí-la, mesmo quando a sentença declaratória dos direitos dos litigantes não seja seguida de medidas coercitivas para impor sua execução ou o pagamento de danos e perdas.

3 — Que se não faz necessário, para o exercício da função judicial, que se peça uma *injunction* e o suplicante alegue estar ameaçado por um dano irreparável.

Assim, proferindo uma sentença declaratória, incidentalmente, num procedimento de ação declaratória, a Suprema Côte firmou a constitucionalidade da lei federal de sentenças declaratórias.

Quando o litígio nasce entre pessoas naturais, a sentença da Côte é passível de execução contra elas. Mas uma declaração de inconstitucionalidade não tem efeito senão se reconhecida pelos funcionários incumbidos de aplicar a lei. Em numerosos casos, a questão de constitucionalidade nasceu, não só entre partes privadas, mas em ações que visaram funcionários públicos, estabelecidas com o propósito de impedir-lhes a aplicação da lei que se argúe de inconstitucional. E o Judiciário federal experimentou bem as dificuldades em fazer obedecer as suas sentenças e decisões pelos funcionários públicos, como se evidencia dos numerosos episódios em que diversos Estados e funcionários desafiaram abertamente a Côte Suprema. À luz da história constitucional deste país, pode-se dizer que o prestígio da Côte Suprema reside no fato de não ter *bolsa ou espada*; se se converteu no árbitro supremo das questões constitucionais, particularmente sujeita à secção 25 do Ato Judiciário original, deve-o ao crédito e inteira fé que despertam suas decisões, não à fôrça que possa levar os funcionários a cumprir suas ordens.

Toda declaração de inconstitucionalidade é essencialmente uma sentença declaratória. Propor um *test case* que envolva interesse particular, pedindo uma forma tradicional de expediente de *Common Law* ou *Equidade*, é mero ritual para convencer a Côte que se atuou de acôrdo com o critério de 1789.

Mas, logo que o critério de 1789 é abandonado como exclusivo, e desde que se admite que a Côte pode, no exercício de sua função judicante, dar uma sentença de caráter declaratório, não há mais necessidade dos procedimentos artificiais preparados pelos constitucionalistas, como a ação do *stockholder* (29). A declaração de inconstitucionalidade pode ser obtida simplesmente pelo processo de sentença declaratória; nada mais é pre-

(29) A ação de *stockholder*, para provar, a constitucionalidade de uma lei, é uma engenhosa criação, comparável às mais delicadas ficções por intermédio das quais se desenvolveu a ação de *ejectment* para dar uma prova real do título de propriedade, numa ação entre arrendatários de cada um dos litigantes, queixando-se o autor fictício de evicção de sua posse pelo réu fictício: *John Doe versus Richard Roe, Mister Good Right versus Mr. Bad Right*. Faz-se, na ação do *stockholder*, um ajuste amistoso, em virtude do qual um acionista inicia um pleito com o objetivo de impedir que os representantes legais e funcionários da sua corporação obedeam a uma lei que se considera, ao mesmo tempo, inconstitucional e prejudicial à companhia. Cf. *Virginia Law Review*, 493.