BIBLIOGRAFIA

C. A. LÚCIO BITTENCOURT — *O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis* — Edição "Revista Forense" — Rio de Janeiro — 1949 — 166 págs.

Com a monografia cujo título encima esta nota, o Dr. C. A. Lúcio Bittencourt estréia, em volume, no domínio do direito constitucional. Outros trabalhos seus, de menor tomo, têm versado com proficiência temas de direito público, em particular de direito administrativo, mas andam esparsos pelas revistas especializadas. Suas atuais preocupações pelo direito constitucional podem ser consideradas coroamento de uma vocação de jurista, que começou no direito penal e se estendeu, sucessivamente, ao processual e ao administrativo.

Saudamos, com merecido louvor, a monografia que acaba de vir a lume e que é o mais completo trabalho sôbre o assunto em nossa literatura jurídica. O perfeito domínio do tema, que revela o autor, é lastreado por uma íntima familiaridade com as melhores fontes, sobretudo norteamericanas, que devem ser o nosso guia no estudo de um princípio importado dos Estados Unidos: o contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis. A essas qualidades se aliam exposição metódica, estilo claro e precisão terminológica.

Algumas das teses do livro provocarão, sem dúvida, bastante controvérsia em nossos meios jurídicos. Êste é, provàvelmente, o melhor sinal do mérito de qualquer autor. Só a falta de originalidade é capaz de ensejar um consenso unânime. As personalidades fortes sempre nos levam à meditação e ao debate. Tomamos a iniciativa de pagar o nosso tributo, enunciando uma de nossas divergências.

O autor adota o mesmo conceito — *inconstitucionalidade* — para todos os casos de conflito entre as leis e a constituição. É, para êle, indiferente que a lei conflitante com a constituição seja *anterior* a esta ou tenha sido promulgada na sua vigência. Em qualquer dos dois casos tem-se um problema de inconstitucionalidade (ps. 115 e 131/133).

Filiamo-nos, entretanto, à corrente que vê um problema de *revogação*, e não de inconstitucionalidade, no conflito entre a constituição e uma lei anterior a ela, conforme já nos manifestamos em outro trabalho (*Rev. Dir. Adm.*, vol. VII, p. 379). Em nossa modesta opinião, o principal argumento em favor dessa corrente baseia-se na *essência* do problema da inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade manifesta-se, como é óbvio, através de um conflito entre a lei e a constituição. Mas êsse conflito, se nos permitem a imagem, é o sintoma da inconstitucionalidade. Quanto à substância, deve a questão ser posta em outros têrmos: a constituição é *superior* à lei, porque o poder de fazer ou emendar a constituição é superior ao poder de fazer a lei; quem *só* pode fazer a lei não pode emendar a constituição, por isso não tem validade a lei que contraria a constituição; consequentemente, o legislador que fêz uma lei contrária à constituição *excedeu* os seus poderes. A essência da inconstitucionalidade está, pois, na *ausência de poderes* ou *incompetência* do legislativo para emendar a constituição, prerrogativa que só se reconhece ao constituinte.

Essa premissa é aceita, não só por diversos escritores citados no livro, como por seu próprio autor (ps. 23/24; 64, 67, 69). São palavras do Dr. Lúcio Bittencourt: "O Parlamento ou o Congresso é, no regime constitucional, mero e simples mandatário, cujos poderes se encontram enumerados no

instrumento formal do mandato, que é a Constituição. Não lhe é possível, pois, jurìdicamente, praticar atos em contradição com os dispositivos constitucionais, porque, assim agindo, estaria excedendo os limites de sua competência" (p. 64). Não é outro o pensamento de Hamilton, no famoso trecho (citado no livro) que constitui a primeira sustentação pública dos poderes da Côrte Suprema dos Estados Unidos em matéria de inconstitucionalidade: "*...every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this would be affirm... that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid*" (p. 69, nota 14). Em outras palavras: ao fazer uma lei inconstitucional, age o legislativo *sem poderes*.

Consequentemente, se a assência da inconstitucionalidade é a falta de poderes do legislativo, como aplicar o mesmo conceito aos casos em que o legislador agiu estritamente dentro dos seus poderes, *na conformidade da constituição anterior com a qual a lei era perfeitamente compatível?*

Esta é a principal razão pela qual estamos convencidos de que um conflito entre um texto legal e o constitucional se desdobra em dois conceitos diferentes, conforme seja a lei anterior à constituição ou sua coetânea. Se a lei é promulgada na vigência da constituição, o caso é de *inconstitucionalidade*, porque o legislativo terá agido sem poderes. Se é anterior à constituição, temos um simples problema de *vigência*: o texto legal, nas partes colidentes, foi *revogado* pela constituição.

Se analisarmos, por outro lado, o problema da revogação, chegaremos ao mesmo resultado. Na revogação temos um conflito de leis no tempo: a lei anterior cede à posterior. O conceito de validade é aí de todo indiferente: a lei anterior era perfeitamente válida e só deixa de aplicar-se porque lei posterior dispõe em contrário. E' êste o típico problema de *vigência*, que envolve um conflito de leis no tempo. O problema de *validade* é bem diverso, porque envolve um conflito de leis de hierarquia diferente.

Ora, quando a constituição posterior está em desacôrdo com uma lei anterior (perfeitamente válida no antigo ordenamento constitucional), encontramos um duplo conflito: conflito no tempo e conflito de hierarquia. Se os dois conflitos ocorrem simultâneamente, só podemos conceituar a situação pela prevalência de um conflito sôbre o outro. Qual o conflito que predomina nessa hipótese? Evidentemente, é o temporal, porque a lei anterior deixaria de aplicar-se *ainda que a posterior fôsse da mesma hierarquia*. Quando ocorre um conflito de leis no tempo, êle se resolve independentemente de qualquer outra consideração: prevalece sempre a lei posterior, seja de igual, seja de superior categoria. Portanto, se na concorrência de um conflito temporal com outro de hierarquia êste último é indiferente, claro está que o primeiro é o preponderante. Devemos, pois, conceituar uma situação dessa natureza como sendo um problema de vigência e não de validade.

Os autores da reforma constitucional de 1926 perceberam a questão com muita clareza, quando previram, expressamente, no art. 60, § 1.º, letra "a", que um conflito entre lei e constituição pode caracterizar, ou um problema de *vigência*, ou um problema de *validade*: "quando se questionar sôbre a *vigência*, ou a *validade* das leis federais em face da Constituição..." A propósito dessa emenda, dizia Calógeras: "...os casos previsíveis de conflito são os enumerados na nova redação" (*Estudos Históricos e Políticos*, 2.ª ed., p. 479).

Depois de expor uma de nossas divergências, em questão que repercute sôbre certas conclusões do livro, gostaríamos de indicar os pontos em que estamos de acôrdo. Infelizmente, não dispomos de espaço para tão longa exposição.

Quem quer que leia a obra, cujo aparecimento saudamos efusivamente, verá que não há exagêro nos nossos aplausos. Estamos certos, aliás, de que a acolhida, que a espera, excederá as expectativas do próprio autor.

Vítor Nunes Leal