

Princípios e Problemas de Govêrno

CHARLES G. HAINES

e

BERTA M. HAINES

(Trad. de Espírito Santo Mesquita)

(Continuação)

CAPÍTULO XV

SUPREMACIA DO LEGISLATIVO, DO JUDICIÁRIO OU DO EXECUTIVO

DESDE a queda do absolutismo, a tendência que se manifestou foi, com algumas notáveis exceções, a de transferir-se o poder supremo do Estado para o legislativo ou para o judiciário.

O poder assim transferido, porém, geralmente não é absoluto mas, sim, sujeito a modificações que se processam por meio dos canais ordinários de legislação ou a revogações provocadas pela mudança da opinião pública expressa pelo eleitorado. Quando a lei básica de um país é posta sob a custódia do legislativo, como acontece em muitos países europeus, diz-se que se está no regime de *soberania do legislativo*. Se, de outro lado, os tribunais são os fiéis guardiães da constituição, eles passam a ocupar uma posição que pode ser caracterizada como de *soberania do judiciário*. A principal base de diferenciação entre as duas formas de manifestações do poder supremo de um Estado é a de determinar ou não as constituições escritas ou os processos políticos em vigor, expressa ou implicitamente, que a definição em última instância da validade dos atos legislativos cabe ao judiciário.

Nos Estados Unidos, êle exerce o poder de rever as leis a fim de determinar se estão de acôrdo com a lei básica, podendo-se a êsse respeito fazer interessantes comparações com outros países em que vigoram métodos diferentes de determinações da validade dos atos legislativos. Quando as constituições são facilmente revistas ou emendadas, a oportunidade de aperfeiçoamento do processo de revisão pelo judiciário diminui consideravelmente. A tendência no sentido de tornar as constituições mais acessíveis à revisão e à emenda aumentou bastante. Além disso, as constituições que não contêm extensivas declarações de direito ou garantias individuais ou que não contêm dispositivos como os consubstanciados na expressão *igualdade perante as leis* ou devido processo legal (dispositivos êsses que permitem interpretações variadas) oferecem pouca possibilidade ao progresso da revisão dos atos legislativos pelo judiciário.

Com a implantação de ditaduras de 1918 em diante, certas características da monarquia absoluta reviveram no mundo sob uma *nova forma de supremacia do executivo*. Alguns incidentes provocados pela crise econômica mudaram de maneira mais radical do que antes o rumo das atividades governamentais administrativas e de formulação da política pública, concentrando-as nas mãos do executivo. Pode-se muito bem fazer uma comparação relativamente aos processos postos em prática sob regimes de supremacia do legislativo, do judiciário e do executivo.

GOVERNOS COM SUPREMACIA DO LEGISLATIVO

Muito embora a supremacia do legislativo exista em muitos países, a Inglaterra, a França e a Suíça representam tipos interessantes e divergentes.

Inglaterra — Em primeiro lugar, a Inglaterra não possui uma constituição escrita como os outros países. Nesse país o Parlamento é tido como o guardião dos direitos individuais. A autoridade real foi há muito restringida com a promulgação da Magna Carta, da Petição de Direitos e da Declaração e pela revolução que ocorreu em consequência da grande luta entre James I e o Parlamento e que terminou com a subordinação do poder do Rei ao do legislativo. A tese sustentada por Coke naquela ocasião, segundo a qual o direito e a lei comuns, quando interpretados pelas côrtes, eram superiores ao Rei e ao Parlamento, foi posta de lado, restabelecendo-se a supremacia do último. Desde o começo do século dezoito que as leis são feitas e administradas pelo executivo e pelos órgãos da administração designados pelo Rei, pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns. O judiciário como também outras autoridades públicas curvam-se a sua vontade. Um eminente jurista disse que "a ação corretiva do Parlamento como instituição humana e falível não é de natureza legal, não é praticada pelo judiciário mas sim pelo próprio Parlamento que age sob a influência de uma onda de opinião pública, com um elevado censo do dever, a mais ampla experiência ou uma maior perspectiva no que ~~pese~~ a aplicação da justiça".

A supremacia do Parlamento está porém de certo como limitada pelo que se chama de "império da lei". Em função dêle, os tribunais ingleses revêem os atos dos funcionários públicos e obrigam a tôdas as autoridades a obediência estrita às ordens e leis gerais estabelecidas pelo legislativo. (1) Nem mesmo o Rei do Conselho, sustentam as côrtes inglesas, pode tomar os bens de um cidadão em tempo de guerra para fins militares sem pagar a devida indenização. (2) De outro lado, os tribunais são obrigados a mudar de opinião desde que o Parlamento, por meio de atos legislativos apoiados pela opinião pública, muda seus pontos de vista. E' isto o que se viu quando as côrtes decidiram que os sindicatos operários eram sociedades de direito e podiam ser processadas; mas quando o Parlamento mais tarde aprovou uma lei modificando um ponto de vista, as côrtes foram obrigadas a aceitar a decisão como final, ainda que significasse a modificação de suas sentenças anteriores. (3) Concorde-se unânimemente, além disso, que onde não há constituição escrita, como na Inglaterra, é natural que esteja o legislativo revestido do poder de interpretar as leis.

França — Na França, onde a forma de governo e os conceitos jurídicos em que se baseiam, derivam-se do direito romano com seus princípios e práticas, o método de garantir os direitos individuais difere do método inglês. E' isto o que acontece, não obstante a Declaração de Direitos elaborada em 1789, declaração essa que prevê os privilégios conferidos pelas côrtes inglesas. A lei básica da França também é diferente da inglesa porque ela é um instrumento rígido em forma escrita. Dispõe apenas sôbre uma parte da atual estrutura de governo e não inclui disposições sôbre a defesa dos direitos individuais. Poucas emendas foram feitas na constituição desde 1875. A França difere da Inglaterra, no que pese à natureza e forma da lei básica, mas com esta se assemelha por terem ambas um legislativo soberano e por constituir êsse legislativo o guardião dos direitos individuais que só cede para a opinião pública como fonte de poder legislativo e de autoridade.

(1) Com respeito às modificações operadas nas regras do direito inglês em virtude de estados de guerra, vide *An Introduction to the Problem of Government*, de W.W. Willoughby e Lindsay Rogers (Doubleday, Doran and Company, Inc. 1921, pag. 95).

(2) Attorney-General X De Keyser's Hotel (1920) Ap. 508.

(3) Taff Vale Railway X Amalgamated Society of Railway Servants (1901) Ap. 426; Trades Disputes Act, de 1906, que revogou essa decisão.

Além disso, as côrtes em França não podem interferir nos negócios da administração de acôrdo com as restrições que sofrem desde 1791. Conseqüentemente, a França e alguns outros países cujos governos são baseados no direito francês, proíbem o judiciário de recusar impor as leis que são devidamente aprovadas pelo legislativo e promulgadas pelo executivo.

Suíça — Desde a Idade Média que existe na Suíça uma forma federal de governo. Um dos mais importantes aspectos do sistema federativo suíço é o da reconhecida supremacia do legislativo que é o intérprete supremo da constituição, sujeito apenas ao *referendum* pelo qual suas decisões podem ser anuladas. O sistema de supremacia do legislativo adotado na Suíça é uma forma modificada do francês e do inglês. Para manter o necessário equilíbrio de poderes entre o governo central e os cantões, os tribunais revêem os atos das assembléias dêsses últimos. A proteção dos direitos individuais na Suíça como na França cabe ao legislativo, influenciado e guiado pelo sentimento público do país. E' interessante notar que a Suíça deliberadamente rejeitou, depois de um cuidadoso estudo feito por especialistas, as principais características do governo federal dos Estados Unidos, isto é, o de que o poder supremo de revisão e interpretação dos atos legislativos cabe ao poder judiciário. (4)

GOVERNO EM QUE O EXECUTIVO TEM A SUPREMACIA

A tendência para a concentração da autoridade nas mãos do executivo, o que caracteriza a evolução dos governos de muitos países, já foi examinada no capítulo anterior. Esta concentração foi levada ao extremo com a implantação de ditaduras em grande parte da Europa, da Ásia e da América. Sob o regime ditatorial, não é só o poder que está concentrado nas mãos do ditador; todos os órgãos públicos estão sujeitos a sua vontade. Uma grande parte das atividades do Estado são dirigidas diretamente por representantes que desempenham o papel de simples assistentes e, quando há separação de funções ou divisão do governo, não têm essas divisões autoridade própria. Não há, certamente, divisão de poderes, sistemas de pesos e contrapesos, ou o que é normalmente considerado como característico dos governos democráticos. A autoridade absoluta que os reis

(4) *La jurisdistion constitutionnelle aux États-unis et en Suisse* (Paris, 1923).

exerciam na Idade Média dificilmente se compara com a exercida pelos ditadores típicos de hoje.

Outro tipo de supremacia do executivo baseada, ostensivamente pelo menos, em constituições, é o que havia no Japão, onde impõe importantes restrições aos poderes da Coroa. Não passa pela idéia de ninguém que o Imperador aja sem o necessário conselho, esperando-se mesmo que ele pratique todos os seus atos públicos de acordo com o parecer de seus consultores. Mas se sabe que o Gabinete é responsável perante o Imperador e não perante o legislativo e o povo! A atitude do governo japonês para com o sistema representativo e popular revelou-se nas discussões em torno do Pacto Kellog que, de acordo com os respectivos termos, devia ser assinado pelos chefes de governo dos Estados signatários "em nome do respectivo povo". Foi rigorosamente combatida a disposição dos membros do gabinete de assinar um tratado que incluía essa frase. Foi ele porém assinado pelos japoneses que incluíram a seguinte ressalva a respeito da frase: "tendo em vista os dispositivos da constituição japonesa, considera-se esta frase inaplicável no que pese ao Japão". A autoridade executiva no Japão compreende um sistema altamente burocratizado em que vários órgãos cooperam e em que as autoridades militares sob o regime a que chamam de "supremo comando" exerçam poderoso controle. Sob um sistema de câmaras legislativas e o judiciário desempenham funções distintamente subordinadas.

O sistema judiciário japonês, segundo o modelo francês é apenas um ramo subordinado do governo encarregado de executar as ordens e desejos das autoridades superiores. No Japão, como na Alemanha imperial, há um tipo de governo executivo que não concorda com os princípios das instituições populares e representativas. As tendências de aumento da autoridade executiva foram já examinadas no capítulo anterior.

GOVÊRNO EM QUE HÁ SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO

Estados Unidos — As câortes americanas exercem uma severa vigiância sobre os atos das unidades subordinadas do governo! Isto se faz com o intuito de manter as autoridades locais, como as de cidades e condados dentro das respectivas jurisdições e julgar os seus atos quanto a sua proibidade e procedência. Todos os atos, decretos ou regulamentos que afetam os negócios administrativos e executivos estão sujeitos à revisão das câortes às quais cabe verificar se êsses instrumen-

tos estão de acordo com a lei e se as autoridades não estão abusando de seus poderes em detrimento da vida, dos bens e liberdades dos cidadãos.

Outra fase da revisão judicial nos Estados Unidos é a do controle exercido pelas câortes sobre os atos dos Estados, atos êsses que estão em conflito com a Constituição, com os tratados, leis e regulamentações federais — poder êsse que é constantemente exercido pelos tribunais federais e estaduais. A parte mais importante dessa revisão judicial neste país, porém, é a de declararem os tribunais, estaduais e federais, nulos os atos dos outros poderes como faz a Suprema Câorte invalidando os do Congresso e as Supremas Câortes Estaduais invalidando os das assembleias estaduais.

De importância maior do que a adoção das quatro fases acima enumeradas de revisão judiciária nos Estados Unidos, é o fato de que uma parcela muito maior dos poderes agora exercidos pelas câortes na revisão das leis resultou da aplicação dos conceitos da jurisprudência e firmada pelos juizes e as conseqüentes limitações aos atos do executivo e do legislativo. Considerável parte dessas limitações nasceu por força da aplicação da doutrina de defesa dos direitos adquiridos e da interpretação de limitações implícitas aos poderes legislativos concebidos como próprio do conceito americano de governo democrático. O governo dessa natureza, conforme se o compreende em todo o mundo, raramente exige o emprego dessas medidas de controle judiciário. Nos Estados Unidos, porém, a opinião pública, em sua maioria, aprovou o processo de maior limitação do campo de ação do legislativo tanto pelos dispositivos expressos da constituição como pelas limitações implícitas na jurisprudência firmada pelos juizes. (5)

E' pelo exercício dêsse poder extraordinário — que não é em geral reconhecido como da alçada das câortes e não expressamente previsto em constituições escritas — que mais de sessenta atos do Congresso e vários milhares dos Estados foram anulados. E' a combinação neste país dessas três fases de revisão judicial com numerosas restrições explícitas e implícitas aos atos executivos e legislativos que deram voga ao termo "supremacia do judiciário", ou como a denominam os autores franceses, "governo de juizes", o que justifica a tese

(5) Com respeito à história dessas limitações implícitas dos legislativos dos Estados Unidos, vide, em *Texas Law Review*, o trabalho de Charles Grove Haines intitulado *Judicial Review of Vested Rights and of Implied Limitations on Legislatures* (Número de abril e junho de 1924, Vol. II, págs. 257 e 387 e número de dezembro de 1924, Vol. III, pág. 1).

de que os Estados Unidos são o principal exemplo atual de um país em que uma ordem política teoricamente democrática é temperada e limitada por uma série de restrições impostas por uma "aristocracia de beca".

Canadá e Austrália — Os sistemas federativos do Canadá e Austrália dão às câortes o direito de revisão de todos os atos legislativos tanto dos governos estaduais como do central, para manter o equilíbrio de poder conforme previsto na constituição. Há também em ambos os países a revisão judicial dos atos das províncias ou Estados no sentido de impedir que essas unidades subordinadas de governo não ultrapassem os limites de suas jurisdições. A revisão judicial em países como Canadá e Austrália, por isso, tem um campo muito estreito de aplicação, porque as respectivas constituições contêm poucas disposições que garantam os direitos individuais e nenhum preceito geral como o do *due process of law*, igual proteção de leis ou outra linguagem da qual amplas limitações implícitas podem ser deduzidas. E' comum também nos países dominados pelas tradições inglesas ver os legislativos como praticamente soberanos.

Os cidadãos do Canadá orgulham-se realmente de que suas câortes não interferem em questões da política econômica e social como acham que fez a Suprema Câorte dos Estados Unidos no caso das padarias de Nova Iorque (6) e no de salário mínimo (7). Como não há dispositivo especial na constituição relativo a garantia dos direitos adquiridos as empresas ou os cidadãos não podem apelar para os tribunais canadenses em defesa de suas regalias a não ser que um dos poderes do governo tente exercer autoridade inteiramente fora de sua alçada. Os tabelamentos, o controle dos serviços de utilidade pública e a maioria das questões econômicas ou sociais são regulados pelos legislativos canadenses ou por comissões criadas por esses órgãos, comissões essas cujos atos só estão sujeitos à revisão desse mesmo legislativo ou então do eleitorado ao qual se faz um apêlo final. (8)

(6) *Lochner X New York*, 198 U.S. 45 (1905).

(7) *Adkins X Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

(8) Vide *The Constitution of Canada in Its History and Practical Working*, de William Renwick Riddell (Yale University Press, 1920).