

O JUDICIÁRIO COMO INTÉRPRETE OFICIAL DA CONSTITUIÇÃO: MITOS, INCONGRUÊNCIAS E PROBLEMAS DEMOCRÁTICOS A PARTIR DA ANÁLISE COMPARADA DO DIREITO NORTE-AMERICANO.

JUDICIARY AS THE OFFICIAL CONSTITUTIONAL INTERPRETER: MITHYS, INCONGRUENCIES AND DEMOCRATIC ISSUES FROM COMPARATIVE ANALYSIS OF AMERICAN LAW.

Lara Freire Bezerra de Sant'Anna¹

“... Do mesmo modo que a religião não cria o homem, mas o homem cria a religião, assim também não é a constituição que cria o povo, mas o povo a constituição...” (Karl Marx – Crítica da Filosofia de Hegel).

RESUMO

Este trabalho busca analisar o instituto do controle judicial de constitucionalidade, adotado pelo Brasil, cujo surgimento remonta aos Estados Unidos da América, motivo pelo qual a análise comparativa com o direito praticado neste país será o ponto central desta pesquisa. Após uma explicitação do conteúdo geral do instituto do controle de constitucionalidade, serão introduzidas as bases do direito norte-americano, seu sistema *common law* e o modo como funciona o controle da legislação naquele país. Através da análise histórica dos escritos dos pais da Constituição de 1787, será questionada a ideia, amplamente difundida, de que estes, assustados com os avanços populares e temerosos do poder majoritário, deixaram margem para o controle judicial da legislação com base na constituição e a consequente entrega da guarda do texto maior a um poder que não se origina no povo. Questiona-se, assim, a ideia da supremacia interpretativa judicial, na medida em que, se é evidente que a alguém deve ser entregue a competência para analisar a adequação da legislação aos textos constitucionais, seja antes ou depois, este alguém não necessariamente deve ser o judiciário. A ideia principal que perpassa o texto, por fim, é que, em um governo republicano nos moldes idealizados pelos fundadores, o controle de constitucionalidade não podia ser confiado a outro alguém que não o próprio povo. A partir das incongruências apontadas no direito norte-americano, busca-se lançar luzes sobre o nosso próprio. O trabalho tem como base pesquisa documental e bibliográfica, de natureza histórica, filosófica e dogmática.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de constitucionalidade; supremacia interpretativa judicial; constituição norte-americana; pais fundadores; povo.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Endereço eletrônico: lara.f.b.santanna@gmail.com

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the judicial review, followed by Brazil, whose birth dates back to the United States, the reason why the comparative analysis with the law practiced in this country will be the main point of this research. By showing the general content of the institute, will be introduced the foundations of American law, its common law system and how works his judicial review. Through an historical analyze of the founding fathers writings, it will be questioned the idea, widely held, that they, frightened with the popular progress and fearful of majority power, have left scope for judicial review and its consequent delivery of the care of the constitution to a power that does not originate in the people. It is questioned the idea of judicial interpretative supremacy, by showing that, if it's right that to someone must be given the authority to review the adequacy of the legislation to the constitutional texts, either before or after, this one should not necessarily be the judiciary . The main idea that permeates the text, finally, is that in a republican government how it was idealized by the founders, the judicial review could not be entrusted to someone other than the people themselves. From the inconsistencies pointed out in U.S. law, seeks to shed light on our own reality. The work is based on documental and bibliographical research, of historical, philosophical and dogmatic nature.

KEYWORDS

Judicial review; judicial interpretative supremacy; North-American Constitution; founding fathers; people.

INTRODUÇÃO

Em um contexto de progressiva moralização do direito, sob a égide do discurso do neoconstitucionalismo, urge trazer à tona uma abordagem crítica e desmistificadora da teoria neoconstitucionalista hegemônica, cujas premissas básicas repousam na descrença do positivismo jurídico, na moralização do direito como mecanismo de proteção da sociedade contra maiorias eventuais e na escolha do judiciário como intérprete oficial da constituição, elegendo-o como seu maior guardião. Partindo da explicitação das premissas, embarca-se numa jornada através da formação do direito norte-americano, paradigma da teoria do controle judicial nos moldes pelo Brasil adotado, para reconstruir o pensamento dos pais da constituição norte-americana de 1787 no momento da ratificação, através da análise do texto dos Federalistas e outros escritos esparsos de Madison e Thomas Jefferson.

Com apoio da corrente crítica do *judicial review*, principalmente aquela nascida também em berço norte-americano, busca-se demonstrar que, embora houvesse uma preocupação em tons democráticos, no sentido de se criar mecanismos para evitar a formação de facções que buscassem sobrepujar uma minoria, a solução idealizada pelos *founding fathers* não era a de entregar a constituição para uma elite tão distante quanto possível do controle popular, mas sim fortalecer a União e a federação.

Através do estudo de três casos emblemáticos (*Dred Scott v. Standford*, *Lochner v. New York* e *Hammer v. Dagenhart*) objetiva-se evidenciar um judiciário que representou, durante muitos anos, um verdadeiro entrave aos avanços sociais impulsionados pela política majoritária, transparecendo sua vinculação aos princípios da elite econômica e proprietária da época. Em nome do princípio da liberdade de contratar e do devido processo substantivo, legislações que objetivavam banir a escravidão, regular a jornada de trabalho dos trabalhadores e coibir o trabalho infantil, foram banidas do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade. Algumas destas questões ficaram anos sem que pudessem ser modificadas. Mesmo hoje questões polêmicas são discutidas no seio da Suprema Corte norte-americana, sob as quais não há qualquer consenso na sociedade, o que desperta diversas discussões acerca da legitimidade do judiciário de impor a sua decisão sobre a do poder eleito, ainda mais quando se tem em mente que não há consenso sequer sobre o que é uma questão constitucional, para alguns, aquilo escrito no texto constitucional (interpretativistas), para outros, todo o corpo não escrito de princípios que advém da interpretação do texto constitucional (não-interpretativistas).

Ultrapassada esta viagem pela doutrina e jurisprudência norte-americana, passa-se à análise dos seguintes questionamentos: o poder Judiciário é de fato mais competente para deter a última palavra sobre a interpretação constitucional? Esta opção é compatível com o regime democrático ou o corrompe? A condição de intérprete oficial da Constituição é conciliável com a genética popular do poder, estabelecida no artigo 2º, e com a separação dos poderes, consubstanciada no artigo 3º, ambos da Carta Magna de 1988?

Explorando a realidade que o Poder Judiciário se utiliza de posturas ativistas para sustentar tanto interpretações progressistas, como conservadoras, almeja-se desconstruir a ideia de que seja ele o órgão mais habilitado para deter o papel de intérprete oficial da constituição, guardando a palavra final acerca do seu sentido. Busca-se evidenciar, ainda, o caráter autoritário desta doutrina, de origem platônica, que defende, ainda que indiretamente, que o povo, por si só, não é capaz de garantir os seus próprios direitos e interesses. Ao passo em que se opõe ao controle judicial, não negando, todavia, a importância da guarda da constituição, propõe-se a discussão de uma nova base para este controle, onde seja o povo, por si próprio, o responsável por dizer o seu sentido.

1. O CONTROLE JUDICIAL E A MORALIZAÇÃO DO DIREITO DO PÓS-GUERRA

Costuma-se dizer que o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma contribuição das Américas à ciência política (GRANT *apud* CAPELLETTI, 1984, p. 46). Isto

porque foi nos Estados Unidos da América onde primeiro se buscou instituir um instrumento que garantisse a superioridade do texto constitucional, colocando-o a cargo de um poder diverso do poder legislativo, o Judiciário. Cappelletti (1984, p. 48), um dos grandes estudiosos deste instituto, defende, todavia, que, embora esta afirmação contenha em si uma parte da verdade, afinal a Constituição norte-americana de 1787 representou o arquétipo das constituições rígidas, imodificáveis pelo simples processo da legislação ordinária, a ideia do controle da legislação com base em uma lei superior remonta “a outros e mais antigos sistemas jurídicos”.

O modelo americano, ademais, ilustra apenas o controle difuso de constitucionalidade, no qual todos os juízes estão autorizados, ao aplicar a lei a um caso concreto, a analisar a sua constitucionalidade e declarar, eventualmente, a sua nulidade (MENDES, 2010, p. 1162). Este modelo pode receber ainda o nome de controle concreto, já que a constitucionalidade é analisada, como dito, incidentalmente, por ocasião da decisão das causas de sua competência (CAPPELLETTI, 1984, p. 67). As possibilidades não se resumem a este sistema, entretanto. Ao seu lado, encontra-se o sistema concentrado ou austríaco, assim denominado por ter sido por Kelsen concebido para ser aplicado na constituição austríaca de 1920, o qual restringe a competência para análise da constitucionalidade das leis a um único órgão, criado para tal fim², excluídas todas as demais instâncias da justiça comum (CANOTILHO, 1999, p. 833). O controle exercido através deste modelo é caracterizado como abstrato (motivo pelo qual assim também é chamado), já que a impugnação relativa à constitucionalidade da norma não se relaciona a nenhum litígio concreto; discute-se a lei por si mesma.

O Brasil adotou um modelo misto de controle de constitucionalidade ao consagrar um sistema que abarca tanto o modelo difuso, de controle concreto, como o modelo concentrado, de análise abstrata da adequação da legislação à constituição. Na prática, a prerrogativa de afastar a legislação nas ações e processos judiciais, em análise concreta, é conferida ao poder judiciário, em qualquer instância, enquanto a competência para decidir

² Este órgão especializado é o único competente para declarar a nulidade da lei. Todavia os demais tribunais podem exercer um controle concreto no sentido de estarem atentos à devida observância à Constituição e, detectando alguma controvérsia, suspender o processo e elevá-lo ao Tribunal Constitucional. MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. *op. cit.* p. 1161. A Lei Fundamental da Alemanha prevê expressamente este controle no seu art. 100, segundo a explicação do jurista alemão Konrad Hesse: “...o tribunal deve fundamentalmente só então decidir mesmo quando ele chega ao resultado que a norma jurídica a ser aplicada é válida. Se ele, ao contrário, julga uma lei, cuja validade importa na decisão, inconstitucional, então ele tem de suspender o procedimento e... pedir a decisão do tribunal constitucional estadual ou do Tribunal Constitucional Federal...” HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1998. p. 496.

questões de perfil abstrato, através das ações diretas, é delegada ao órgão de cúpula deste mesmo poder, o Supremo Tribunal Federal, cujos membros são indicados pelo chefe do poder executivo e são dotados de vitaliciedade.

Este poder de controlar a legislação, seja pelo poder judiciário, seja por uma corte constitucional, seja mesmo por um órgão político, embora tenha origem mais remota, passou a ter destaque maior com o fim da Segunda Grande Guerra. No cenário das tragédias perpetradas sob a égide da maioria, tornou-se usual o discurso segundo o qual os Estados totalitários da primeira metade do século XX tinham se sustentado sob a base de um Estado de Direito³, motivo pelo qual este deveria ser superado⁴, em prol de um Estado Constitucional, onde direitos de outras ordens fossem incluídos em seu conteúdo, principalmente aqueles chamados fundamentais, incorporados à ordem jurídica através de uma constituição escrita e rígida (CANOTILHO, 1999, p. 353). Sob a égide deste discurso, buscou-se mesmo ultrapassar a ideia positivista de direito, que excluía do seu conceito qualquer conotação moral, ensaiando um retorno ao ideal jusnaturalista de vinculação necessária entre validade e moralidade dos comandos imperativos.

Nesta visão, a constitucionalização de preceitos morais e dos direitos fundamentais seria suficiente para imunizar a sociedade contra eventual ação danosa do processo político majoritário (BARROSO, 2009, p. 323), o que seria garantido através da Jurisdição Constitucional, ou seja, da atuação de um órgão competente para exercer o controle e garantir que “a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição” (BARROSO, 2011, p. 89).

Esta ideia da constitucionalização, como sendo um escudo contra arbítrios da maioria, surgiu a partir de concepções como a de Radbruch, antigo positivista, que no Pós-Segunda Grande Guerra passou a defender a moralização do direito, sob a crença de que o positivismo jurídico havia deixado “tanto os juristas quanto o povo desarmados contra leis

³ Em sentido diametralmente oposto, defende-se aqui que Estados ditatoriais e autoritários, embora produzam leis, não podem ser considerados como Estado de Direito propriamente dito. É certo que um Estado de Direito tem como base a lei, não importando neste conceito o conteúdo da lei, que pode vir a ser considerado “injusto”. Entretanto um Estado de Direito tem como base alguns princípios fundamentais do próprio positivismo jurídico: o da legalidade estrita, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei; o da irretroatividade das leis, principalmente na seara penal; e o da segurança jurídica, ou seja, previsibilidade dos atos de conduta humana. Ou seja, um Estado de Direito representa um Estado baseado em leis, as quais, embora possam ter qualquer conteúdo, devem necessariamente estar vigentes no ordenamento jurídico de forma prioritária aos fatos: o princípio da anterioridade é imanente ao Estado de Direito. Este princípio, entretanto, era fortemente desrespeitado nos Estados totalitários. Cf. Bobbio, 1995; MAUS, 2010. Também neste sentido, Montesquieu (2001, p. 38): “Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra.”

⁴ Por todos: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41.

ainda tão arbitrárias, ainda tão cruéis, ainda tão criminosas...” (RADBRUCH, 1945). Atônito com as barbaridades ocorridas, Radbruch passou a acreditar no direito como verdadeiro instrumento de luta contra a injustiça. Mas será que a mudança de uma concepção filosófica poderia ajudar a combater a injustiça legal? Será que a existência de uma constituição principiológica, somada à concepção neopositivista, de cunho jusnaturalista, teria evitado a insurgência do regime nazista?

No Brasil e no mundo levanta-se a bandeira de um “neopositivismo” de cores revolucionárias. Um consenso quase absoluto paira sobre a inadequação do positivismo jurídico e sobre a solução dada com o retorno dos valores. Somado a isto se apresenta ainda uma nova hermenêutica, de onde é destacado o papel do juiz, que passa a ser considerado como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 122). Passa-se a defender uma postura judiciária ativa, criadora, associando-a a uma visão progressista, em oposição à adoção de uma postura de contenção, associada a um conservadorismo liberal (BARROSO, 2011, p. 285-286). A teoria da separação dos poderes é apontada como uma construção elitista da Revolução Francesa, acusada de ter como pano de fundo o fato de os juízes, no antigo regime, terem causado alguns problemas à classe dominante, no sentido de opor-se aos interesses dos reis (AZEVEDO, 2000, p. 44). A soberania do Legislativo teria cedido espaço à soberania e supremacia da Constituição, quebrando-se com o paradigma da submissão dos juízes à lei, cuja responsabilidade agora passa a ser, acima de tudo, garantir esta imunização contras eventuais maiorias (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 45).

Deixa-se passar despercebido que a soberania da lei, materializada no princípio da legalidade, vitoriosa na Revolução Francesa, vinha resguardar a soberania do povo, embora com os valores liberais daquela época, e que a limitação do poder dos juízes não representava receio das suas aspirações sociais, mesmo porque a oposição aos interesses dos reis, comentada acima, nada tinha a ver com princípios de justiça; ao contrário, era motivada por interesses pessoais dos magistrados, que acabaram por inviabilizar, inclusive, as reformas que iriam ser feitas em prol de toda a comunidade (AZEVEDO, 2000, p. 114-115), formando-se uma realidade de ingovernabilidade. Deixa-se de lado, acima de tudo, a produção de sentido em torno do conceito de lei, como produto da soberania popular, já que só a partir de um conceito vazio de lei é que se pode afirmar que os Estados totalitários tinham como base um Estado de Direito, vez que a maioria das leis daqueles Estados, que foram posteriormente julgadas como injustas, ou não tinha base no parlamento ou suas consequências foram ditadas não pela sua letra, mas sim pela interpretação dada pelo Poder Judiciário (MAUS, 2010, p.

43). Perde-se de vista, ainda, que a desvinculação do juiz à letra da lei significa mesmo a perda da sua independência, isto sim, fator de peso no sucesso temporário daqueles regimes.

2 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: SUPREMACIA JUDICIAL COMO CONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA DA SUPREMA CORTE

A inserção do direito norte-americano dentro da família do *common law* impõe fazer algumas breves considerações, principalmente por possuir conformação e origem distinta da nossa: enquanto aquele se insere na família da *common law*, o Brasil pertence à família romano-germânica, baseada nas leis escritas e nos códigos, cuja preocupação primordial é a determinação de regras de conduta, e não tanto a sua aplicação (DAVID, 1993, p. 18). A família da *common law* abarca, regra geral, os países de língua inglesa, dentre os quais merece destaque seu país de origem, a Inglaterra. Este “direito comum” do território inglês foi assim batizado em oposição aos costumes locais e surgiu da prática dos Tribunais Reais na solução de litígios, dando origem a uma série de regras processuais: sua atuação não era guiada por um conjunto de regras sistematizadas, como no sistema dos direitos românicos, mas por tipos de ações, “nos termos das quais podia ser proferida uma sentença” (DAVID, 1993, p. 286-291). O direito se centrava, pois, no processo em si, e não em normas substantivas que definissem os direitos e as obrigações de cada indivíduo. Somente em momento posterior regras semelhantes às existentes na família romano-germânica foram assimiladas ao sistema inglês, ainda que com papel diferenciado. Embora tendo berço comum, cada país inserido nesta tradição traçou caminho próprio, de acordo com seus próprios costumes e tradições.

A Constituição Americana de 1787, entretanto, imprimiu a definitiva marca distintiva entre o direito da nova colônia e do tradicional país europeu. Não somente porque a Inglaterra nunca adotou uma constituição escrita, mas porque os dispositivos da Constituição norte-americana trouxeram limitações ao poder legislativo, e, tratando-se de uma constituição rígida, tais limitações não poderiam vir a ser alteradas pelos processos legislativos habituais (DAVID, 1993, p. 95). Isso resulta em uma realidade diametralmente oposta daquela do direito inglês, paradigma do que se pode chamar de poder legislativo soberano, ilimitado juridicamente.

Ao se estabelecer limites ao poder legislativo, estar-se-á a estabelecer, da mesma forma, um controle sobre os dispositivos por ele promulgados, no sentido de que uma lei que vise alterar, ou apresente incompatibilidade com aquelas limitações, deverá ser considerada juridicamente nula. Os Estados Unidos da América adota o controle judicial de

constitucionalidade, por ele próprio criado, através de interpretação jurisprudencial da Suprema Corte, ao julgar o caso *Madison v. Marbury*. Ressalte-se, todavia que, ao contrário da maioria dos textos constitucionais contemporâneos, que trazem este instituto positivado em seus textos, a constituição norte-americana não o traz. Esta ausência de previsão constitucional, aliada ao caráter essencialmente político desta atividade, a torna alvo de diversas críticas (ROSENFELD, 2009, p. 183), ainda mais quando se tem em mente a concepção norte-americana de Constituição, que remete a sua construção de sentido ao seu ato de fundação, tanto no que diz respeito à criação de identidade, como à metodologia de interpretação do futuro, que é sempre redirecionada a uma reconstrução do passado (MAUS, 2010, p. 2).

Não tendo o controle judicial de constitucionalidade sido expressamente previsto na Constituição norte-americana de 1787, sua incorporação definitiva nos Estados Unidos deu-se no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1807, no qual a Suprema Corte, através do seu *Chief Justice*, John Marshall, interpretou o seu artigo VI, cláusula 2^a, que afirma que “esta constituição... deve ser a lei suprema deste país; e os juízes em cada Estado devem ser a ela vinculados...”⁵, de modo a extrair dele a supremacia da constituição e o dever dos juízes de negar cumprimento a qualquer lei⁶ contrária à mesma (CAPPELLETTI, 1984, p. 47).

Trata-se de criação eminentemente jurisprudencial, pois, embora se possa inferir do artigo uma hierarquia entre as normas (lei suprema), ficando a constituição no degrau maior, esta superioridade não estava protegida com a rigidez, ou seja, com o estabelecimento de que apenas um procedimento diferenciado poderia vir a modificá-la, não implicando, ainda, no poder dos juízes de declarar nulas as leis a ela contrárias. Tampouco o dever dos juízes de serem a ela vinculados, expresso no artigo em questão, outorgava tais poderes. Isto porque situar-se em patamar hierarquicamente superior e ter os juízes vinculados ao texto constitucional, não impediria, necessariamente, que o poder legislativo pudesse vir a alterar seus próprios dispositivos pela via ordinária. Com relação a este último ponto, foi crucial a

⁵ Redação original: “*This Constitution... shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby...*” Estados Unidos da América. Constituição (1787). **The United States Constitution**: promulgada em 1787. Disponível na internet via http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Capturado em 30 jun. 2012.

⁶ Pode ser interessante saber que a lei que foi julgada inconstitucional neste caso foi o *Judiciary Act*, de 1789, que permitia consulta direta à Suprema Corte para que esta formulasse ordens à Administração. O fato de ser uma lei que outorgava poderes ao judiciário levou René David a afirmar que a Suprema Corte, naquela oportunidade, não afirmou de forma alguma sua supremacia, mas sim restringiu seus poderes, razão pela qual a doutrina foi recebida sem protestos. *Data venia* o entendimento do ilustre jurista, parece ingênuo tal defesa, na medida em que o poder de controlar a legislação, que ali estabelecia, era muito maior do que aquele afirmado no *Judiciary Act*, que era posto fora do sistema. Ademais, a doutrina encontrou e encontra diversos críticos em solo norte-americano, a exemplo do próprio presidente à época, Thomas Jefferson.

opção da Suprema Corte, naquele momento, por caracterizar aquela carta constitucional como um documento rígido, modificável tão somente através de procedimento diferenciado (CAPPELLETTI, 1984, p. 47-48). Desta forma, as leis ordinariamente promulgadas jamais poderiam com ela contrastar.

Ainda assim, não estava resolvida a questão de quem seria competente para determinar a ocorrência de uma violação, ou, via de consequência, quem seria responsável pela interpretação última da constituição. Este foi o último, e mais polêmico, fundamento da decisão de Marshall, por ter elegido o poder judiciário como intérprete final. Daí porque é possível dizer que não é somente a supremacia da constituição, que advém do *judicial review*. A este se segue a supremacia do judiciário, na medida em que este passa a ser competente para dar a última palavra sobre o significado da constituição. E, ressalte-se, como já o fazia o jurista brasileiro Francisco Luiz da Silva Campos (1938, p. 229), não se trata de uma supremacia aparente, como quer fazer crer uma ingênua doutrina; trata-se, antes, de uma supremacia política, pois se levarmos em conta que toda atividade interpretativa é também uma atividade criativa, a função de interpretar, ainda mais quando se trata da constituição, é a mais alta, e talvez das mais eminentes, funções políticas. Não é por acaso a frase do bispo Hoadley, citado por Hart (2009, p. 183), que, por sua ênfase, merece transcrição literal: “Ora, quem quer que possua autoridade absoluta para interpretar quaisquer leis, escritas ou orais, é este, para todos os efeitos, o legislador, e não a pessoa que as escreveu ou formulou verbalmente pela primeira vez.”. Evidente que, como ressalta também Hart (2009, p. 188), mesmo os juízes de um supremo tribunal se inserem em um sistema, dentro do qual há normas precisas o suficiente para formarem um padrão de decisão judicial correta. Todavia, no que tange a normas constitucionais, estes padrões são deveras amplos, consequência da textura aberta do seu texto, o que torna correto afirmar que os juízes da Suprema Corte norte-americana são, de fato, autoridades absolutas no que diz respeito à interpretação da constituição, já que suas decisões são definitivas, ou seja, o sentido por eles dado será modificado tão somente na hipótese da própria Corte mudar seu entendimento ou do Poder Legislativo modificar a própria constituição, o que, no caso dos Estados Unidos, é extremamente difícil (ROSENFELD, 2009, p. 200). A famosa frase do juiz Hughes (*apud* HART, 2009, p. 297; *apud* DAVID, 1993, p. 397), “A Constituição é o que os juízes dizem que é”, sintetiza bem a realidade de um país que entregou sua constituição à Suprema Corte.

Mas em que se fundamenta este controle de constitucionalidade? Cappelletti afirma que o pano de fundo do controle de constitucionalidade é, na busca por uma hierarquização das leis, ultrapassar o humano, o fugidio: “as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem

os Valores Fundamentais” (CAPPELLETTI, 1984, p. 11). Um evidente retorno ao jusnaturalismo, ou, a conciliação entre este e o positivismo, através da inserção de valores fundamentais ao corpo constitucional, tendência que as constituições contemporâneas ocidentais, em sua maioria, buscaram seguir, embora em circunstâncias muito diversas da constituição norte-americana. Na prática materializa-se em limitações ao poder legislativo. Todavia, como já mencionado aqui, se por um lado a existência de uma lei soberana, hierarquicamente superior às demais de um ordenamento, e limitadora do poder legislativo, implica sua observância e obediência suprema, por outro não determina quem deverá dizer o seu significado e quais as situações que representam sua violação. Não diz, especialmente, quem deterá a última palavra quanto ao seu significado. E esta guarda, evidentemente, não é necessariamente do poder judiciário⁷.

A opção feita pelo juiz Marshall na famosa decisão *Marbury v. Madison*, todavia, foi entregar a guarda da constituição norte-americana de 1787 ao Judiciário e este é um fato que suscita diversas controvérsias, por diversas razões. Primeiro, porque nada na constituição leva conclusivamente a esta interpretação, o que levou diversos estudiosos a defenderem que se tratou, na verdade, de um arranjo institucional muito bem equacionado, fruto da articulação de conservadores legistas que tinham a intenção de barrar ou moderar as reivindicações populares, transferindo o poder interpretativo da Constituição a um órgão que não se origina no povo (CAMPOS, 2002). Além disso, não se pode perder de vista que ao determinar a competência do Judiciário para rever os atos dos demais poderes estatais com base na constituição, o juiz Marshall estava também demarcando o seu próprio poder (BARROSO, 2009, p. 323) como membro da Suprema Corte norte-americana. Isto se soma ao fato de que a justiça constitucional norte-americana, na analogia feita por Luís Roberto Barroso (2009, p. 328), assemelha-se a um pêndulo, com idas e vindas entre progresso e retrocesso, de acordo com as tendências político-ideológicas dos seus componentes. Exemplos do controle de constitucionalidade como mecanismo para barrar avanços progressistas de iniciativa do poder legislativo⁸, evidenciam que a teoria ainda hoje defendida por diversos críticos tem sua razão de ser.

⁷ Este controle pode ser também político: França e Inglaterra; e jurídico-político (misto): Alemanha, Portugal, Áustria, etc.

⁸ Foi o que ocorreu na Era *Lochner*, nas primeiras décadas do século passado, bem como na recente Corte *Burger*, a qual foi ativista em prol das prerrogativas da propriedade e omissa em relação aos pobres em geral. Cf. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009 p. 135; BARROSO, Luis Roberto (2009). *op cit.* p. 332.

Diante de tais constatações, é de se perguntar: Será que era isto o que queriam os pais da constituição?

3 O CONSTITUCIONALISMO NA ÉPOCA DA RATIFICAÇÃO: O QUE PENSAVAM OS FUNDADORES

O questionamento levantado no tópico anterior é salutar em razão das diversas implicações (anti) democráticas que este controle impõe. Há um inegável conflito com o princípio da separação de poderes, ainda que se considere este como dialético, pois na prática o juiz constitucional acaba legislando, sobrepondo sua escolha à do legislador. Além disso, a tutela judiciária sob a constituição traduz a ideia de que o Poder Judiciário é mais competente para julgar questões constitucionais, na medida em que se tratam de questões “importantes demais para serem deixadas por conta de uma massa de ignorantes”⁹. Ou, novamente invocando Kramer (2009, p. 90): “O governo popular é bom... mas somente na medida em que não estejamos falando sobre algo muito essencial...”.

Larry Kramer entende que o constitucionalismo na época da ratificação da constituição era muito diferente: seus idealizadores não tinham objetivo algum de entregar a guarda da constituição para o judiciário, embora reconhecessem a importância do controle¹⁰, que deveria ser entregue ao próprio povo¹¹, através da prática do que veio a chamar de “constitucionalismo popular”. Esta discussão é importante principalmente porque muitas das doutrinas que defendem o controle judicial apoiam-se nos próprios escritos dos fundadores, em especial de James Madison, o que é apontado como um equívoco pelo contemporâneo jurista norte-americano, provavelmente ocasionado pela leitura isolada de determinados textos do autor, em especial o Federalista 10, onde o fundador parece demonstrar certo descrédito pelas instituições democráticas.

A obra de Madison, entretanto, é muito mais extensa. Muito embora ele tenha reconhecido problemas nas instituições democráticas, era um profundo republicano e acreditava na democracia. Ante os problemas, ele buscou alternativas, as quais foram apresentadas no próprio Federalista 10. Na verdade o temor de Madison era referente às

⁹ KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o “Interesse do Homem”. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. cap. 5. p. 90.

¹⁰ *Ibid.* p. 87.

¹¹ Para aprofundar melhor a questão, conferir a obra mais importante desde jurista norte-americano: KRAMER, Larry B. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. USA: Oxford University Press, 2005.

pequenas democracias¹², onde o autor visualizava uma possibilidade maior de facções¹³ tomarem o poder e sacrificar às suas paixões o bem público e os direitos dos outros cidadãos (HAMILTON; MADISON; JAY, 1985, p. 97). Para ele a solução residia no tamanho e no instituto da representação, motivo pelo qual sua luta era contra a federação: “Uma república, quero dizer, um governo representativo, oferece um ponto de vista diferente e promete o remédio que se deseja.” (MADISON, 1985, p. 98). Como Kramer (2009, p. 95) ressalta, o objetivo de Madison, como fiel republicano, era o de “fazer a política democrática funcionar, não era minimizar a extensão em que ela perturbava uma elite governante...”.

É digno de nota o fato de que em toda sua argumentação, no Federalista 10, Madison não toca no Poder Judiciário. Aliás, os *founding fathers*, idealizadores da constituição americana, pouco discorreram acerca do terceiro poder e, quando o fizeram, trataram-no como um órgão fraco, que jamais, em uma República, deveria se sobrepôr ao Poder Legislativo (HAMILTON; MADISON; JAY, 1985, p. 131 E 163). A independência do Poder Judiciário era reconhecida como fundamental para imunizar seus agentes da influência de poderes políticos mais poderosos, mas isto nas ações cíveis e criminais (KRAMER, 2009, p. 131), não em ações cuja lide fosse uma controvérsia constitucional, as quais sequer haviam sido previstas, salvo nos escritos de Hamilton, no Federalista 78, os quais, todavia, só foram publicados após 1787, não tendo havido qualquer papel na ratificação (KRAMER, 2009, p. 136).

A teoria do controle judicial (*judicial review*), embora não fosse totalmente estranha aos compatriotas americanos, havia surgido há poucos anos e possuía pouca expressão, além de não conter a conotação que a ela hoje é dada acerca da supremacia interpretativa judicial. Somente após a ratificação a teoria foi crescendo e, com alguns precedentes nas costas, alcançou vitória no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, já mencionado.

Em que pese seus temores, Madison acreditava no governo popular e no povo como seu maior guardião. Isto é o que se denota dos seus diversos escritos. Em 1792 publicou um artigo no *National Gazette* intitulado *The Union*, no qual defendia que os verdadeiros amigos da União eram aqueles amigos da autoridade do povo, o fundamento único sobre o qual se

¹² “Da simples enunciação do que acabamos de dizer se conclui que uma pura democracia, composta de um pequeno número de cidadãos, que se reúnem todos e governam por si mesmos, não admite remédio contra as desgraças da facção.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. In: WEFFORT, Francisco C. (sel. de textos). São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores). Federalista 10. p. 97.

¹³ Madison definia facção como “uma reunião de cidadãos, quer formem a maioria ou a minoria do todo, uma vez que sejam unidos e dirigidos pelo impulso de uma paixão ou interesse contrário aos direitos dos outros cidadãos, ou ao interesse constante e geral da sociedade”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *op. cit.* p. 95.

sustenta a União (MADISON, 1792a) ¹⁴. Um dos escritos mais emblemáticos, todavia, foi publicado neste mesmo ano, também na *National Gazette*, onde Madison (1792b) cria um pequeno diálogo fictício entre um republicano e um anti-republicano, cuja pergunta inicial já se encontra no título “Quem são os melhores guardiões da liberdade das pessoas?”. Os dois personagens apresentam respostas bastante diversas:

Republicano: o próprio povo. A responsabilidade sagrada não pode estar em lugar mais seguro que nas mãos mais interessadas em preservá-la.

Anti-republicano: o povo é estúpido, desconfiado, licencioso. Eles não podem de forma segura confiar em si mesmos. Após estabelecer um governo, deveria pensar somente em obediência, deixando o cuidado de suas liberdades para seus mais sábios governantes.

Republicano: embora os homens nasçam livres, e todas as nações possam ser livres, a verdade é que a escravidão tem sido o destino geral da raça humana. Ignorantes, foram enganados; adormecidos, foram surpreendidos; divididos, o jugo lhes foi imposto. Mas qual é a lição? A de que, por que o povo pode trair a si mesmo, ele deve se entregar, com os olhos vendados, àqueles que têm interesse em traí-los? **É melhor concluir que o povo deve ser esclarecido, unido, que após estabelecer um governo, ele deve protegê-lo...** ¹⁵ (grifo nosso)

O diálogo assim prossegue até finalizar com a afirmação do republicano, figura representativa do próprio Madison, denunciando o antirrepublicano como um blasfemador dos direitos do povo e um amante da tirania¹⁶. Larry Kramer (2009, p. 109) ressalta que os argumentos colocados na boca do antirrepublicano eram utilizados à época pelos oponentes de Madison, conservadores que estavam muito assustados com os avanços democráticos e buscavam um freio para o avanço popular. Ora, é inevitável notar que estes mesmos argumentos, levantados pelo antirrepublicano, se aproximam da ideia do próprio controle judicial de constitucionalidade e sua conseqüente supremacia interpretativa: assuntos constitucionais são importantes demais para serem deixados a cargo do povo; a palavra final acerca do significado da constituição deve ser do judiciário, “uma elite tão distante quanto possível do controle popular” (KRAMER, 2009, p. 85). Mas o que faz desde poder mais competente para falar da constituição? Thomas Jefferson (1859, p. 178) foi um feroz crítico da teoria do *judicial review*, tendo escrito ao juiz Marshall, prolator da sentença *Marbury v. Madison*:

¹⁴ Redação original: “*The real Friends to the Union are those, who are friends to the authority of the people, the sole foundation on which the Union rests.*”

¹⁵ Este trecho foi traduzido por Larry Kramer (2009, p. 109).

¹⁶ Tradução livre do original: “*Republican. — And I forbear to denounce you to the people, though a blasphemer of their rights and an idolater of tyranny. Liberty disdains to persecute.*” (MADISON, 1792b).

Você parece considerar o judiciário como o intérprete último das questões constitucionais; uma perigosa doutrina, na verdade, a qual pode nos submeter ao despotismo de uma oligarquia. Nossos juízes são tão honestos quanto os demais homens, mas não mais. Eles possuem, dentre outras, as mesmas paixões por festas, poder e o privilégio sob seus corpos... Seu poder [é] o mais perigoso, na medida em que eles não respondem, como os demais funcionários, ao poder eletivo. A Constituição não erigiu nenhum tribunal, sabendo que a quaisquer mãos que fosse confiada, com as corrupções do tempo e festas, seus membros se tornariam déspotas. Mais sabiamente fez de todos os departamentos corresponsáveis e co-soberanos entre si. (JEFFERSON, 1859, p. 178) (tradução livre)

O próprio Thomas Jefferson endossa ainda um dos argumentos do próprio republicano, ilustrado por Madison. Em uma carta a William C. Jarvis, em 1820, escreveu: “Não sei de nenhum depositário seguro do poder último da sociedade senão o próprio dono e, se não o julgamos suficientemente esclarecido para exercer controle com critério sadio, o remédio não está em tirá-lo dele, mas esclarecê-lo pela educação.” (JEFFERSON, 1985, p. 34). Acreditava Jefferson na educação, principalmente porque acreditava no povo como guardião das suas próprias garantias e, em última instância, do próprio governo popular.

Tudo isto não implica na ausência de controle ou no retorno à ideia de um legislativo ilimitado. Como ressalta Kramer, os fundadores tinham em mente e eram a favor do controle da legislação com base na constituição, todavia era o povo quem devia deter sua guarda, em última instância: “Alguém precisa ter a autoridade final para resolver conflitos constitucionais, mas, em um sistema baseado na soberania popular, aquele alguém não pode nunca ser o governo ou qualquer parte dele.” (KRAMER, 2009, p. 134). Isto não impediria que a análise passasse pelo poder judiciário, que seria uma “voz adicional”, mas com este não podia ficar jamais a última palavra, nem tampouco suas decisões contariam com qualquer *status* especial (KRAMER, 2009, p. 132-135). A ideia dos fundadores, pois, não reportava a um controle que se centrasse em qualquer dos poderes, mas no próprio povo, através de um sistema onde “os diversos agentes do povo, inclusive juízes, pudessem articular seus diversos entendimentos da Constituição no curso ordinário de negócios...” (KRAMER, 2009, p. 134), os quais seriam pelo povo assimilados e resolvidos.

Pode parecer um sistema ideal e de difícil aplicação, principalmente se pensarmos que sua base visceral é a educação defendida por Jefferson, sem a qual jamais funcionaria. Fica evidente, entretanto, que os fundadores não somente não planejaram o controle judicial como foi efetivado, mas também jamais concordariam. Como afirmou Jefferson (1859, p. 178), os juízes são tão corruptíveis e suscetíveis a influências diversas como qualquer outro homem, e, sendo estes uma elite, não eleitos e não responsáveis perante o povo, são os menos

aconselháveis a deter a guarda do texto maior. A história veio demonstrar a sabedoria das suas palavras.

4 A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA COMO INTÉRPRETE OFICIAL: ANÁLISE DE CASOS

A Suprema Corte norte-americana utilizou-se, a princípio, de forma bastante moderada do princípio que havia consagrado no caso *Marbury v. Madison* (DAVID, 1993, p. 396). Somente em 1856, praticamente meio século depois, é que veio a julgar novamente um ato do Congresso como inconstitucional, no terrível caso *Dred Scott v. Standford*. A análise de alguns casos impõe-se, entretanto, com objetivo de avaliar se a guarda da constituição pelo judiciário atende à premissa em que se funda, qual seja, a de garantir a guarda de valores supremos, materializados nos direitos fundamentais. E mais: em se tratando de um texto vago, passível de significados diversos, se é saudável, em termos democráticos, que esta guarda seja realizada pelo Judiciário, principalmente se for levado em conta que suas decisões possuem um caráter definitivo, inexistente nas emanadas pelos demais órgãos estatais.

Serão analisados três casos a princípio, que marcaram a atuação da Suprema Corte como defensora de um liberalismo ultrapassado, barrando por muito tempo os avanços em termo de legislação social do Congresso: *Dred Scott v. Standford*, *Lochner v. Nova York* e *Hammer v. Dagenhart*. Embora separados por um espaço considerável de tempo, estes três casos foram reunidos em razão do fundamento único que lhes serviu de base: a defesa do direito de propriedade, em detrimento de avanços sociais. Com base em uma construção jurisprudencial em cima da fórmula do *due process of law*, retirada das quinta¹⁷ e décima quarta¹⁸ emendas à constituição, que determina que ninguém deve ser privado da vida, da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, o Judiciário entendeu como

¹⁷ **Amendment 5 - Trial and Punishment, Compensation for Takings. Ratified 12/15/1791.** “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, **nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (grifo nosso). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). The United States Constitution: promulgada em 1787. Disponível na internet via http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Capturado em 30 jun. 2012.

¹⁸ “**Amendment 14 - Citizenship Rights. Ratified 7/9/1868. Note History** 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law**; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws (...)” (grifo nosso) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). The United States Constitution: promulgada em 1787. Disponível na internet via http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Capturado em 30 jun. 2012.

inconstitucionais leis que proibiam a escravidão, estabeleciam limites à jornada de trabalho e adotavam políticas que visavam desincentivar o trabalho infantil, respectivamente. Isto, ressalte-se, porque passou a interpretar que a cláusula do devido processo legal determinava que as restrições à liberdade ou à propriedade dos cidadãos só seriam legítimas se fossem, segundo sua própria avaliação, razoáveis (DAVID, 1993, p. 399). Mais uma vez, trata-se de criação eminentemente jurisprudencial, já que da pura redação das emendas não há nada que leve a este entendimento, o que evidencia que para seus redatores não tinham nenhuma significação particular, senão que “a privação da liberdade ou a expropriação deveria ser, segundo o direito, regular.” (DAVID, 1993, p. 399).

Pois bem.

A decisão proferida no caso *Dred Scott v. Standford*¹⁹ já foi considerada, e provavelmente ainda o é, a pior decisão já proferida pela Suprema Corte norte-americana. Há quem diga, como o faz René David (1993, p. 392), que ela própria foi causa da Guerra de Secessão, na medida em que o poder de controle da legislação foi exercido para declarar inconstitucional um ato do Congresso que proibia a escravatura nos diversos Estados, em um contexto em que vários Estados norte-americanos já haviam proibido a escravidão, alguns desde o início do século XIX, a exemplo de Illinois (1819).

Eis um breve relato do caso: Dred Scott era um escravo nascido na Virginia, cujos pais haviam sido trazidos da África como escravos. Seu dono originário veio a falecer e sua posse foi passada para John Emerson, o qual se mudou com ele para Illinois, à época já um Estado livre da escravidão. Houve ainda diversas mudanças de Estados, todas para Estados onde a escravidão já havia sido proibida. Scott, entretanto, demorou muito para entrar com uma ação pedindo sua liberdade. Isto só foi acontecer quando seu dono, Emerson, já havia morrido e, tendo pedido à viúva a liberdade, sua e de sua família, esta lhe negou, fazendo com que ele finalmente recorresse à justiça. Embora à época a libertação de escravos nos Estados livres já fosse precedente há mais de dez anos, Scott perdeu na justiça de Missouri por um problema técnico. Recorreu então para a Suprema Corte de Missouri, dando origem ao caso *Scott v. Emerson*, do qual saiu vitorioso em 1850, por decisão do júri. A viúva recorreu e a decisão acabou por ser revertida por entenderem os juízes que Scott deveria ter pedido a liberdade assim que passou para um território livre. Esta decisão foi de encontro a vinte e oito anos de precedentes consolidados.

¹⁹ Íntegra da decisão disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>. Acesso em 28 jun. 2012.

Scott, entretanto, não desistiu e levou o caso a uma corte federal, iniciando o emblemático caso *Scott v. Standford*. Só a título de curiosidade, Stanford era o irmão de Emerson (viúva), para quem a posse de Scott havia sido passada. Deste caso é que surgiu a emblemática decisão que afirmou que Scott não possuía direito de reivindicar perante o judiciário norte-americano, na medida em que, pela Carta Magna de 1787, os negros não eram considerados cidadãos, já que à época da sua ratificação eles não foram elencados como tais: “*A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a "citizen" within the meaning of the Constitution of the United States.*”²⁰. Considerados como mera mercadoria, aplicava-se ao caso o citado princípio do *due process of law*:

*Thus, the rights of property are united with the rights of person, and placed on the same ground by the fifth amendment to the Constitution, which provides that no person shall be deprived of life, liberty, and property, without due process of law. And an act of Congress which deprives a citizen of the United States of his liberty or property merely because he came himself or brought his property into a particular Territory of the United States, and who had committed no offence against the laws, could hardly be dignified with the name of due process of law.*²¹
(grifo nosso)

O entendimento da Corte resumidamente foi: os escravos são mercadorias, logo, não é razoável o Congresso legislar de modo a proibir a escravidão e privar o então proprietário do seu bem (escravo), limitando seu direito de propriedade. Medida desta espécie ia de encontro com o princípio do *due process of law*, por ser irrazoável, e, via de consequência, deveria ser declarada inconstitucional. E foi isto o que declarou a Suprema Corte norte-americana, causando revolta em grande parte da sociedade americana, que já há quase um século se via livre da escravidão, ao impor uma interpretação da constituição que ia de encontro aos valores da época, ao mesmo tempo em que demonstrava sua estreita ligação com a elite escravocrata e seus respectivos princípios.

*Lochner v. New York*²² é outro caso emblemático, datado de 1905, em que a Suprema Corte norte-americana exerceu controle de constitucionalidade sobre atos do

²⁰ Tradução livre: “Um negro livre de origem africana, cujos pais foram trazidos à América como escravos, não é cidadão nos termos da Constituição dos Estados Unidos”.

²¹ Tradução livre: “Assim, os direitos de propriedade estão unidos com os direitos da pessoa, sendo ambos colocados no mesmo degrau pela quinta emenda da Constituição, que prevê que ninguém pode ser privado da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal. E um ato do Congresso que priva um cidadão dos Estados Unidos de sua liberdade ou propriedade meramente porque ele veio pessoalmente ou trouxe a sua propriedade em um determinado território dos Estados Unidos, sem que tenha cometido nenhuma ofensa contra as leis, dificilmente poderia ser digno e compatível com o devido processo legal.”

²² Íntegra da decisão disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=198&invol=45>. Acesso em 28 jun. 2012.

Congresso. Fala-se mesmo em “era Lochner” para se referir ao período, entre 1885 a 1930, em que aproximadamente 150 leis que contemplavam as relações trabalhistas foram invalidadas pelos tribunais (WALDRON, 2009, p. 247). Foi o apogeu do devido processo substantivo, considerado este como o processo guiado não só por normas procedimentais formais, mas por normas de cunho valorativo, ou seja, com base nos direitos subjetivos dos indivíduos.

A legislação objeto de controle foi o *Bakeshop Act*, aprovado em 1895 pelo Congresso de Nova York, que regulava a jornada de trabalho dos padeiros, limitando-a em sessenta horas semanais ou dez diárias. Tal regulação tinha fundamento nas péssimas condições de trabalho que eram submetidos os padeiros nas cidades norte-americanas e nas longas jornadas, que chegavam ao absurdo de mais de cem horas semanais. Não bastasse a elevada carga horária, as padarias funcionavam normalmente em porões das residências, com condições precárias de salubridade (exposição prolongada à umidade, à poeira do trigo e variação de temperatura).

Joseph Lochner, dono de uma padaria, tendo sido multado pelo Estado de Nova York por permitir que um de seus padeiros extrapolasse o máximo de horas semanais, recorreu ao Judiciário. Após algumas perdas, seu caso chegou à Suprema Corte, onde alegou que o *Bakeshop Act* violava a liberdade de contrato, direito este que apesar de não expresso na Constituição americana, estava implícito na Décima Quarta Emenda²³. No julgamento, o juiz Peckham afirmou que a liberdade protegida pela emenda suscitada incluía, de fato, o direito de comprar e vender a força de trabalho, de modo que qualquer lei que interferisse neste direito seria nula, a menos que tivessem circunstâncias que o excluíssem. Concluiu por entender que naquele caso não havia qualquer circunstância que autorizasse a interferência no direito de comprar e vender força de trabalho (não havia razoabilidade na medida), uma vez que “a profissão de padeiro, em si própria, não é prejudicial à saúde [*unhealthy*] a um tal grau que autorizaria o legislador a interferir no direito ao trabalho e no direito à liberdade de contrato dos indivíduos, seja na qualidade de empregador ou de empregado.”²⁴

²³ Emenda XIV, seção 1: *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* (destaquei)

²⁴ Lochner vs. New York in COSTA, Alexandre Araújo. **O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado.** [online] Disponível na internet via <http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-ii/b-historico-do-devido-processo-substantivo/3-era-lochner-o-apogeu-do-devido-processo-substantivo/a-lochner-v-new-york>. Arquivo capturado em 08/11/2011.

O entendimento da corte, no sentido de que a função de padeiro, da forma como era exercida à época, não se configurava prejudicial à saúde, prevaleceu sobre a do legislador, tendo o *Bakeshop Act* sido expurgado do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Em razão da supremacia interpretativa judicial, esta situação permaneceu por anos, motivo pelo qual o então presidente norte-americano, Theodore Roosevelt, chegou a afirmar que o Judiciário representava um dos maiores obstáculos às reformas sociais, tornando evidente um dos grandes problemas da supremacia interpretativa judicial: se o Judiciário tem a última palavra sobre a interpretação da Constituição, esta interpretação permanece imodificável, na medida em que sobre ela o povo não possui poder de alteração: o entendimento só será modificado se a própria Corte resolver o fazer, seja por alteração da sua jurisprudência ou por renovação mesma dos seus componentes (SARMENTO, 2009, p. 133).

O último caso, por fim. Em 1910, no famoso caso *Hammer v. Dagenhart*²⁵, foi declarado inconstitucional um ato do Congresso que proibia o comércio interestadual de mercadorias produzidas com a utilização de mão de obra infantil. O Congresso buscava coibir este tipo de trabalho. Tendo sido movimentada, a questão que se impôs à Suprema Corte foi acerca de se seria o Congresso competente para regular/impedir o comércio entre Estados, com base no trabalho infantil. A corte entendeu que não: o ato que proibia era irrazoável e, portanto, inconstitucional. Nas palavras do juiz Holmes:

Na nossa visão o efeito necessário deste ato, ao representar uma proibição contra a movimentação interestadual de mercadorias para regular as horas de trabalho de crianças em fábricas e minas nos estados, é um puro ato de autoridade. Este ato é duplamente repugnante à Constituição. Não apenas transcende a autoridade delegada ao Congresso para legislar sobre o comércio, mas também exerce um poder sobre um problema eminentemente local, sobre o qual a autoridade federal não possui competência.²⁶

É salutar ressaltar que, quando desta decisão, a Suprema Corte já tinha em suas costas precedentes de sua própria autoria, onde havia julgado limitações de comércio interestadual sobre bebidas alcoólicas e literatura obscena, assuntos de menor importância, se comparados ao problema da exploração do trabalho infantil. Naqueles casos, todavia,

²⁵ Íntegra da decisão: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=247&invol=251>. Arquivo capturado em 28 jun. 2012.

²⁶ Tradução livre do original: “*In our view the necessary effect of this act is, by means of a prohibition against the movement in interstate commerce of ordinary commercial commodities to regulate the hours of labor of children in factories and mines within the states, a purely state authority. Thus the act in a two-fold sense is repugnant to the Constitution. It not only transcends the authority delegated to Congress over commerce but also exerts a power as to a purely local matter to which the federal authority does not extend.*”

entendeu o Judiciário como razoáveis as limitações impostas pelo Legislativo, classificando-as, portanto, constitucionais. Justificou a corte que as pretéritas decisões se justificavam pelo conteúdo imoral dos objetos, o que não ocorria no caso *Hammer v. Dagenhart*, cujo objeto era o trabalho infantil. Ao que parece entendia aquela Corte que muito pior (imoral) que o trabalho infantil, era o consumo de bebidas alcoólicas e de literatura considerada obscena.

A decisão de *Dred Scott v. Standford* demorou nove anos para ser revertida, o que veio a ocorrer através da atuação do Congresso, com a adição da emenda 13 da Constituição, a qual expressamente abolia a escravidão: “*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*”²⁷ Embora representasse o fim da escravidão, não era o fim da segregação racial, a qual seria mantida por praticamente mais um século, pelos próprios entendimentos da Suprema Corte, que por muito tempo adotou a tese “separados, mas iguais”, cristalizado no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), o qual só veio a ser modificado em 1954, novamente por mudança jurisprudencial, no caso *Brown v. Board Education* (BARROSO, 2009, p. 325).

A era *Lochner*, por sua vez, tem como marco final o ano 1937, por uma mudança de orientação da própria Suprema Corte, consubstanciada no caso *West Coast Hotel v. Parish*²⁸, onde reverteu o entendimento relativo às emendas quinta e décima quarta, antes traduzidas como o livre direito de contratar (ROCHA, 2005, p. 5). Esta última decisão é interessante, pois evidencia o poder da Corte de manipular o sentido do texto constitucional, ao admitir que o antigo entendimento deturpava o sentido original da constituição: “... *The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without due process of law.*”²⁹

Por fim, o caso *Hammer v. Dagenhart* demorou basicamente dezoito anos para ser revertido, o que só veio a ocorrer em razão da insistência do Congresso em impor sua interpretação da Constituição: aceitou a decisão da Corte, porém um ano após o julgamento do caso promulgou nova legislação com os mesmos objetivos, a qual foi novamente julgada inconstitucional. Em 1938, entretanto, persistindo em seu entendimento, elaborou o *Fair*

²⁷ Tradução livre: “*Nem a escravidão, nem a servidão voluntária, salvo como punição para o crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado, devem existir nos Estados Unidos, ou em qualquer lugar sujeito de sua jurisdição.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). The United States Constitution: promulgada em 1787. Disponível na internet via http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Capturado em 30 jun. 2012.

²⁸ Íntegra da decisão: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/case.html>. Acesso em 02 de Setembro de 2012.

²⁹ “A constituição não fala de liberdade de contrato. Ela fala de liberdade e proíbe qualquer privação desta sem o devido processo legal.” (tradução livre)

Labor Standards Act, que, dentre outras disposições, banuiu o trabalho infantil. Assim, somente por ter desobedecido a interpretação dada pela Suprema Corte é que o Congresso fez prevalecer “a sua interpretação constitucional no tocante à sua competência para legislar sobre o trabalho infantil.” (ROCHA, 2005, p. 8) Este exemplo se aproxima da fórmula idealizada por Madison, ao pensar no constitucionalismo popular, e na necessidade de todos os órgãos deterem, de igual maneira, a guarda da constituição, em interpretação concorrente (KRAMER, 2009, p. 134).

Estes três casos foram destacados por retratarem uma fase em que a Suprema Corte privilegiava, escancaradamente, os direitos de propriedade, em detrimento dos direitos sociais, e, ante aos avanços da legislação, impunha sua interpretação conservadora da Constituição, como intérprete final, impedindo o avanço daquela. As mudanças vieram com a mudança na composição da Suprema Corte e também na própria legislação. Mas não se trata somente de distintas visões ideológicas dos seus componentes: segundo Mark Tushnet (2009, p. 227-230), *Brown v. Board of Education*, caso no qual foi julgada inconstitucional uma lei que estabelecia escolas públicas diferenciadas para brancos e negros, não representou, como o quer fazer crer a doutrina favorável ao ativismo judicial, um avanço promovido pelo Judiciário, ante a abstenção das legislações. Isto porque não se tratou de uma decisão em benefício de uma “verdadeira minoria”, ou seja, uma minoria tal que não tivesse chance de sucesso em um processo legislativo, na medida em que era apoiada por uma maioria da elite política nacional. Tratou-se, na verdade, da imposição de norma amplamente apoiada pelas elites políticas nacionais aos governos locais (sulistas) que insistiam na manutenção da segregação. Ressalta ainda que “*Brown* teve efeitos bastante limitados sobre a real separação das etnias no sul dos Estados Unidos por cerca de uma década, embora este caso tenha fornecido encorajamento moral para um movimento de direitos civis...” (TUSHNET, 2009, p. 228).

Defende este autor que a “real experiência dos Estados Unidos com o *judicial review* em nome dos direitos humanos é... significativamente mais curta e mais ambígua do que se poderia imaginar...” (TUSHNET, 2009, p. 227). Isto porque, da análise da história constitucional norte-americana, é possível constatar que os juízes oscilam entre utilizar os mecanismos existentes para a defesa dos direitos humanos e deixar passar tais possibilidades interpretativas: “Pode-se pensar que a história constitucional norte-americana sugere que os juízes raramente aproveitam as oportunidades que a lei lhes confere para proteger direitos humanos...” (TUSHNET, 2009, p. 227). Acabam se perdendo em posicionamentos ambíguos, protegendo determinados direitos, quando o objeto não parece ter grande relevância, e

deixando à margem de sua proteção outros, quando os sujeitos envolvidos possam comprometer seus interesses. Sobre isto dá o exemplo dos casos *Hague v. CIO* e *Dennis v. United States*: no primeiro, a Suprema Corte norte-americana derrubou restrições a manifestações contra um chefe político da cidade de New Jersey e, no segundo, manteve as condenações aos líderes do partido comunista norte-americano.

No que diz respeito à não utilização dos mecanismos existentes, permeada também por ambiguidade, traz à tona as decisões relativas aos direitos dos homossexuais: em 1986 sustentou a Suprema Corte a constitucionalidade de uma lei que criminalizava a sodomia homossexual (*Bowers v. Hardwick*); em 1996 passou a proteger os homossexuais contra leis que limitassem sua capacidade de garantir legislação antidiscriminatória (*Romer v. Evans*); e, por fim, em 2000, passou novamente a considerar que uma associação privada (Escoteiros) podia discriminar homossexuais ao selecionar líderes (*Boy Scouts of America v. Dale*).

Outro caso emblemático que merece destaque é *Roe v. Wade* (1973), julgado pela Corte Burger, que consagrou vencedora a tese “pró-escolha” e assegurou, com base nas emendas quinta e décima quarta, o direito da mulher de interromper livremente sua gravidez nos três primeiros meses (DAVID, 1993, p. 400). Interessante notar que na ótica de Barroso (2009, p. 328-333) a atuação da Corte Burger, como um todo, representou a “volta do pêndulo”, ou seja, a ascensão do conservadorismo, associado ao discurso da autocontenção judicial. Não seria pela autocontenção, todavia, que seria marcada a Corte Burger, como demonstra o caso *Roe v. Wade*. Na verdade o próprio Barroso se corrige: “.. E certamente não foi uma Corte [Burger] cuja característica fosse a auto-contenção...”, “A crítica progressista à Corte Burger costuma enfatizar que ela foi ativista em favor das prerrogativas da propriedade e com indiferença pelos pobres em geral” (BARROSO, 2009, p. 332). A crítica tem sua razão de ser. A jurisprudência da Suprema Corte retrocedeu em matéria criminal, mais especificamente aos direitos dos acusados em procedimentos criminais: foi reduzido o alcance do *habeas corpus* e as possibilidades de recurso a instâncias federais. Leis que instituíam a pena de morte foram julgadas constitucionais na maioria dos Estados. No campo dos direitos das mulheres, entretanto, a Corte foi celebrada pela sua atuação progressista, por seus posicionamentos contra discriminação para exercício de cargo (*Reed v. Reed*, 1971), contra tratamento diferenciado, em termos previdenciários, entre homem e mulher (*Frontiero v. Richardson*, 1973) e contra classificações preconceituosas baseadas no sexo (*Craig v. Boren*) (BARROSO, 2009, p. 331). E, claro, no já citado caso *Roe v. Wade*, em que permitiu a interrupção da gestação até os três meses.

Sobre esta decisão, Tushnet (2009, p. 228) faz também considerações valiosas. Ele ressalta que, embora considerada progressista, a decisão foi fundamentalmente liberal, na medida em que significou que os governos não poderiam interferir nas escolhas privadas de mulheres e empresas fornecedoras de aborto. O próprio Barroso traz à tona: um ano depois, no caso *Maier v. Roe*, decidiu a Suprema Corte que o governo não tinha qualquer obrigação de fornecer serviços de aborto a quem pudesse arcar com as despesas; sete anos depois, em 1980, no caso *Harris v. McRae*, decidiu ainda pela constitucionalidade de uma lei que proibia o uso de recursos federais para a realização de abortos, mesmo que houvesse perigo de vida (BARROSO, 2009, p. 332).

A Suprema Corte vive de ambivalência, isto é evidente. Poderia se dizer, em contraponto, que ambivalente são todos e tudo na vida, o que poderíamos concordar. Mas ser ambivalente é impor sua própria contradição a si mesmo, não aos outros. A ambivalência da Suprema Corte não gera efeitos sobre ela mesma, mas sob toda uma sociedade. Se for para viver de ambivalências, que seja das nossas próprias: as do próprio povo.

5 DE COMO O PODER JUDICIÁRIO NÃO É O MELHOR PORTA-VOZ DA CONSTITUIÇÃO: POR UM SENTIDO DITADO PELO PRÓPRIO POVO

Feita esta breve viagem pela história da jurisdição constitucional norte-americana, enfrentemos uma questão inerente ao controle judicial de constitucionalidade: é o Poder Judiciário mais competente para deter a guarda Constituição? A resposta vencedora nos Estados Unidos da América é a afirmativa, embora as diversas vozes que bradam em dissonância. Também no Brasil, desde a primeira Constituição da República, foi atribuído ao Poder Judiciário, em sede de controle difuso, a competência para controlar a adequação da legislação à Constituição. Hoje, a resposta afirmativa perdura, com espectro bastante alargado com a Constituição de 1988, que, seguindo a tradição das Constituições anteriores, manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, e criou outros tipos de ações diretas para a análise em abstrato da (in)constitucionalidade, tendo ainda ampliado o rol de legitimados para a propositura destas ações (SARMENTO, 2009, p. 124). À fórmula constitucional somam-se as vozes dos teóricos neoconstitucionalistas que defendem em uníssono uma postura ativista do Judiciário, embora reconheçam algumas implicações ao regime democrático.

Sob uma análise dogmática, não há dúvidas: ao contrário da Constituição dos Estados Unidos da América, que nada previu acerca do controle judicial de constitucionalidade, a nossa Carta da República de 1988 foi clara ao eleger o Poder Judiciário

como órgão competente para realizar esta guarda. A análise que aqui se pretende, entretanto, não se encerra na dogmática; caminha, lado a lado, a uma análise filosófica. Questiona-se: este poder é de fato mais competente? Esta opção é compatível com o regime democrático ou o corrompe? A condição de intérprete oficial da Constituição é conciliável com a genética popular do poder, estabelecida no artigo 2º, e com a separação dos poderes, consubstanciada no artigo 3º, ambos da Carta Magna de 1988?

Até este ponto do artigo buscou-se demonstrar, através da análise de casos da jurisdição norte-americana, que a interpretação feita pelo Poder Judiciário acerca dos dispositivos constitucionais nem sempre será a mais favorável aos direitos dos indivíduos ou dos grupos vulneráveis: *Dred Scott v. Standford*, *Lochner v. Nova York* e *Hammer v. Dagenhart* trouxeram à tona um judiciário que lutou contra a política majoritária para defender os interesses de uma minoria beneficiada. Não há nada que indique, pois, que o Judiciário seja o órgão mais competente para deter a guarda da Constituição. A história mostra que ele se utiliza de posturas ativistas, com base em preceitos constitucionais, tanto para adotar posicionamentos progressistas, como conservadores. Muito distante da ideia endossada por Luís Roberto Barroso (2011, p. 287):

... Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável...

Discorda-se veementemente desta posição. Ela parte do pressuposto de que, protegido em razão da sua independência, o Poder Judiciário está imune a influências externas. Parte do pressuposto, ainda, de que o povo, seja ele por si mesmo ou por seus representantes, é suscetível a todas as influências externas que o Judiciário está imune. Isto, entretanto, é uma dupla inverdade: a deferência do Poder Judiciário ao poder econômico se faz evidente nas decisões que envolvem reforma agrária, crimes de colarinho branco, perigo ao meio ambiente. O que se percebe é que, por detrás desta teoria, encontra-se a antiga filosofia de Platão: o melhor governo é aquele exercido pelos sábios; o povo seria suscetível à superstição, ao preconceito e a visões simplistas sobre assuntos de interesse público³⁰. Ora,

³⁰ Em um dos diálogos que transcreveu de Sócrates e Glauco, Platão (1997, p. 180-181) coloca na boca de Sócrates as seguintes palavras: “Enquanto os filósofos não forem reis nas cidades, ou aqueles que hoje denominamos reis e soberanos não forem verdadeira e seriamente filósofos, enquanto o poder político e a filosofia não convergirem num mesmo indivíduo, enquanto os muitos caracteres que atualmente perseguem um ou outro destes objetivos de modo exclusivo não forem impedidos de agir assim, não terão fim, meu caro

estas são as mesmas ideias sustentadas pelo anti-republicano, no fictício diálogo criado por Madison (1792), para justificar a ideia de um controle da legislação pelo Judiciário, uma elite intelectual tão distante quanto possível das influências populares. Ao passo em que as ideias de Platão se justificam na sua descrença na democracia (BINENBOJM, 2009, p. 230), questiona-se a congruência da defesa de tese similar por supostos defensores da democracia. Como ressalta Dimitri Dimoulis (2009, p. 219):

... nada indica que a Constituição corre maior risco de ser descumprida mediante ato do Legislativo, que será baseado em determinada interpretação da Constituição, do que mediante decisão do Judiciário que será baseada em interpretação da Constituição eventualmente divergente...

O Poder Judiciário, por sua técnica, é o mais perito para solucionar controvérsias jurídicas. Mas, ainda que se reconheça força de norma jurídica às normas constitucionais, será possível dizer que as normas constitucionais configuram questões meramente jurídicas? Questão de direito propriamente ditas? Boa parte destas normas constitui, na verdade, questões políticas ou de filosofia moral e constituem princípios deveras abstratos para servirem de critério de fundamento para uma decisão judicial. Assim sendo, representam muito mais critérios para as políticas a serem levadas a cabo pelos poderes eleitos do que direitos a serem exigidos no Poder Judiciário. Afinal, o que quer dizer o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade humana? Estas fórmulas constitucionais só constroem seu sentido em somatória com outros tantos conceitos políticos, morais, religiosos. Sozinhos, nada dizem. Já dizia Machado Paupério (1978, p. 230): “quando uma lei fere a Constituição, fá-lo, via de regra, de modo sutil, dependendo o choque, quase sempre, de uma questão de hermenêutica ou de ponto de vista”. O que o Poder Judiciário faz, ao julgar uma questão com base nestes princípios constitucionais é impor a sua própria posição, em detrimento, muitas vezes, do posicionamento dos poderes eleitos; ou, em outras tantas vezes, em somatória aos interesses destes, que delegam propositalmente a competência da solução de questões polêmicas, em um evidente acordo entre poderes, para não precisar responder frente à população.

Paupério visualiza um modelo semelhante ao proposto por Larry Kramer (2009, p. 132) acerca do constitucionalismo popular, idealizado pelos *founding fathers* da constituição norte-americana, na medida em que prevê o judiciário como um dos componentes do sistema de deliberação pública, que poderia dar seu parecer acerca da (in)constitucionalidade, mas

Glauco, os males das cidades, nem, conforme julgo, os do gênero humano, e jamais a cidade que nós descrevemos será edificada. Eis o que eu hesitava há muito em dizer, prevendo quanto estas palavras chocariam o senso comum. De fato, é difícil conceber que não haja felicidade possível de outra maneira, para o Estado e para os cidadãos.”

nunca deter a autoridade final, a qual lhes daria (lhes dá) uma inconcebível supremacia antidemocrática, principalmente porque praticamente incontrolável: “se os juízes não forem eleitos, se seus salários forem protegidos, e se nós lhe dermos o poder de obstruir ações dos outros poderes com fundamento em questões constitucionais, como conservaremos o controle popular sobre a constituição?” (KRAMER, 2009, p. 138).

Daí o segundo questionamento, acima formulado: Esta opção é compatível com o regime democrático ou o corrompe? Esta é uma discussão que exige um aprofundamento incompatível com os limites de um artigo. Cabe, todavia, insistir no ponto principal deste trabalho: que em uma democracia, a vontade subjetiva do judiciário não pode jamais ser superior à do legislador. Primeiro, porque ainda que esta vontade remeta à constituição, em muitos aspectos este documento não foi claro no que quis dizer, ou mesmo nada quis dizer, e nestes pontos, é somente a vontade nua e crua do judiciário que resta, sem qualquer tom democrático. Segundo, ainda que a Constituição de 1988 legitime o controle judicial, ela própria estabelece, no parágrafo único do seu artigo 1^o³¹, a genética real do poder, de modo que, não extraindo do povo a sua legitimação, o Poder Judiciário constitui mero poder formal, nada justificando a sua superioridade em nossa ordem jurídica estabelecida.

A teoria da separação dos poderes, afinal, não constitui mero argumento formal. Ela representa a materialidade do sustentáculo democrático, ao criar as condições para que os poderes atuem de forma limitada e independente. A própria independência do Poder Judiciário encontra fundamento em sua tese: ela não se fundamenta na liberdade de interpretação do juiz, como quer fazer crer as teorias pós-positivista e neoconstitucionalista; mas sim, em sua vinculação à lei, poder dizer o Direito sem ter que se curvar aos poderes de fato³². Ingeborg Maus defende que a separação dos poderes, consagrada no artigo 2^o³³ da Constituição da República de 1988, representa mesmo a institucionalização do “véu da ignorância” que fala Rawls, ao formular a sua teoria da justiça: “O legislador não está

³¹ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

³² Ao contrário do que defende a teoria neoconstitucionalista, de que a vinculação à lei teria sido uma das causas do sucesso temporário dos regimes totalitários da primeira metade do século XX, diversos estudiosos demonstram como, desde a República de Weimar, o Poder Judiciário defendia a tese de um Direito Livre, que não fosse limitado à letra da lei. Quando da consolidação do 3^o Reich o Judiciário já tinha esta tese como política de atuação, tendo inclusive documentos que atestam que o juiz não deveria “ser escravo das muletas da lei”, mas defender os valores do Estado. Estas ideias, consolidadas desde o período anterior, foram responsáveis pela sujeição do Poder Judiciário ao poder de fato do nazismo: “Se, anteriormente a 1933, o judiciário usara de forma casa vez mais generosa as cláusulas gerais existentes no direito para, por meio delas, fazer prevalecer suas próprias concepções de valor, preponderantemente conservadoras, contra leis da República de Weimar, agora ela é instruída a aplicar essas e recém-criadas cláusulas gerais para fazer destas pontos de acesso de um sistema de valores política e previamente decidido.”; “Justamente a ampla dissolução da programação legal do judiciário tornou possível e necessária... sua condução política direta” (MAUS, 2010, p. 52).

³³ Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

autorizado a conhecer o caso concreto ao qual a lei se aplica: a administração e o judiciário, que conhecem o caso concreto, não estão autorizados a redefinir a lei em sua aplicação” (MAUS, 2010, p. 7). É evidente que na ideia da jurista alemã não se trata de uma mera separação dialética, como propôs Montesquieu, o qual, embora tenha insistido na repartição do poder, não estabeleceu uma rígida separação das funções. Ao contrário, para Maus (2010, p. 6-7), a separação de funções é essencial para a garantia da soberania popular e, portanto, da garantia da condução do Estado segundo as bases democráticas.

CONCLUSÃO

Em meio a uma febre quase esquizofrênica da constitucionalização dos direitos fundamentais, da garantia dos direitos humanos, da concretização pelo judiciário dos direitos positivados e da justiça em primeira pauta no debate jurídico nacional, este trabalho parece vir na contramão da evolução. Talvez. Mas somente na contramão da evolução de uma teoria, no ponto de vista aqui defendido, antidemocrática e de falsas premissas. O que se objetivou demonstrar foi o poder retórico das teorias, principalmente da teoria neoconstitucionalista e da sua âncora, o controle judicial de constitucionalidade. Em meio a tanta elucubração doutrinária, deparamo-nos com o velho questionamento de Kelsen: a justiça é um ideal possível de ser alcançado pelo direito?

Ao empreender uma viagem na história constitucional norte-americana, buscou-se trazer à evidência as intenções democráticas dos seus fundadores, as quais, todavia, acabaram vencidas pela força de uma elite que temia o povo e enxergava no Poder Judiciário uma forma de frear seus avanços. Esta limitação, sob a argumentação da garantia dos direitos fundamentais e da necessária guarda dos valores supremos, acabou por legitimar, por décadas, decisões da Suprema Corte norte-americana que derrubavam legislações de cunho trabalhista. Afinal, o que representam estes valores? Por sua abstração, nada dizem. Sua construção de sentido situa-se no processo interpretativo e por isso o controle judicial de constitucionalidade é ferramenta tão poderosa nas mãos do Poder Judiciário. À luz dos princípios constitucionais, pode-se legitimar praticamente qualquer política, qualquer interesse. Assim, o maior objetivo do presente trabalho foi demonstrar que o Poder Judiciário não apenas não é o órgão mais competente para dar a última palavra sobre a Constituição, como esta competência é democraticamente perigosa, por afastar do povo o direcionamento do seu próprio destino.

Destaque-se que ao ir de encontro com a teoria neoconstitucionalista, de conotação jusnaturalista, não se objetiva aqui impor uma visão conservadora de indivíduos administrados, da obediência à lei acima de tudo. Este não é sequer o ponto convergente do

positivismo. É preciso diferenciar a necessidade da vinculação do juiz à lei (ou ao texto constitucional escrito), da obediência por parte do cidadão à lei. Aquela primeira é essencial, por representar a própria garantia de independência do judiciário, e, via de consequência, de segurança jurídica, liberdade e igualdade para os cidadãos, ao menos frente à lei; a sua não observância, ao contrário, não somente acarreta na imposição de um ideal de justiça do Poder Judiciário, órgão não eleito, como deixa este poder suscetível às influências de fato, políticas e econômicas. Já a segunda é relativa, pois, como cidadãos, pode-se e deve-se questionar as leis em prol por mudanças, através da sociedade civil organizada, dos movimentos sociais, dos canais de participação direta. Se pensarmos que não é função do judiciário desobedecer às leis, em nome de uma justiça que sequer sabemos se é possível alcançar, podemos tomar novamente as rédeas do nosso futuro: cabe a nós, cidadãos, lutar contra ou a favor da legislação.

A força motriz de evolução social não está, entretanto, na constituição, nem tampouco no direito. Reside esta força no povo. Se neste documento constitucional contiver qualquer germe revolucionário não é por ser algo fantástico, mas por ser fruto do próprio povo. É importante, contudo, que a ficção da “vontade popular”, que serve de base para a teoria constitucional, não engula o próprio povo, a ele se sobrepondo. É sempre o povo, em última instância, quem deve falar. A constituição não pode infantilizar, nem tornar o povo incapaz de falar por si próprio. Se for assim, que não tenhamos nenhuma constituição. Seria outra a realidade?

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO. Luis Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. **Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro**. RF 73 n. 415/417, p. 229, jan/mar. 1938.

_____. **O Estado Nacional**. [on-line]. 2002. Disponível na internet via <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>. Acesso em 05 de setembro de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado**. [online] Disponível na internet via <http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-ii/b-historico-do-devido-processo-substantivo/3-era-lochner-o-apogeu-do-devido-processo-substantivo/a-lochner-v-new-york>. Arquivo capturado em 08/11/2011.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática**. Salvador: JusPODVIM, 2012.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). **The United States Constitution**: promulgada em 1787. Disponível na internet via http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Capturado em 30 jun. 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. In: WEFFORT, Francisco C. (sel. de textos). São Paulo: Victor Civita Editor, 1985. (Os Pensadores).

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1998.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos Políticos**. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).

JEFFERSON, Thomas. **The Writings of Thomas Jefferson**. New York: 1859. [on-line] Disponível na internet via <http://books.google.com.br/books?id=vvVVhCadyK4C&hl=pt-BR&pg=PR5#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 08 de Setembro de 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o “Interesse do Homem”. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. cap. 5.

MADISON, James. **The Union**. The National Gazette, 2 de Abril de 1792. [on-line] Disponível na internet via http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1941&chapter=124402&layout=html&Itemid=27. Acesso em 03 de Setembro de 2012.

_____. **Who are the best keepers of the people’s liberties?** The National Gazette, 22 de Dezembro de 1792. [on-line] Disponível na internet via http://www.constitution.org/jm/17921222_keepers.htm. Acesso em 03 de Setembro de 2012.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; *et. al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAUPÉRIO, Artur Machado. **Teoria Geral do Estado: direito político**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

RADBRUCH, Gustav. **5 Minutos de Filosofia do Direito**. [online] Disponível na internet via http://157.86.8.16/comunidade_fiocruz/arquivo/14596/cinco_minutos_de_filosofia_do_direito.pdf. Arquivo capturado em 21 de fevereiro de 2013.

ROCHA, José Jardim. Supremacia da Constituição ou supremacia do "defensor" da Constituição? O *stare decisis* e o efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 7, n. 73, p. 01-17, junho/julho/2005.

ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. cap. VI.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *Judicial Review*: Uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. cap. VII.

WALDRON, Jeremy. O *Judicial Review* e as Condições da Democracia. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. cap. 9.