

Diário de Classe: Construção dos pré-compromissos constitucionais nos EUA

Spacca

Refletir sobre o constitucionalismo e o processo de formação das modernas Constituições é hoje uma necessidade para qualquer jurista. Isso decorre não só das consequências advindas da “revolução copernicana” do Direito Público mas, também, dos problemas mais pujantes que a atual realidade institucional coloca diante de nós. O constitucionalismo, todavia, está longe de ser um movimento cultural monolítico. Pelo contrário, ele se apresenta como um conjunto de experiências históricas que possuem natureza multifacetada. De fato, é importante considerar que — embora existam elementos tipológicos que podem ser encontrados nas mais variadas experiências constitucionais — o constitucionalismo é um movimento que apresenta características singulares, com raízes profundas nas experiências culturais de cada povo. Veja-se o caso das diferenças que podem ser notadas entre as experiências vivenciadas pela Europa e pelos Estados Unidos. Enquanto a Europa explorava o significado político das estratégias de limitação de poder, nos EUA, houve um acentuado grau de juridicidade na construção de seu movimento constitucional. Tanto isso é assim que a absoluta maioria da literatura americana sobre história das instituições jurídicas, direito constitucional e *judicial review* relata experiência e debates que problematizavam a interpretação de direitos fundamentais — chamados por lá de “direitos abstratos” — já no século XIX.



De lá para cá, o constitucionalismo estadunidense produziu uma considerável bibliografia sobre como foram julgados esses casos em que se discutia a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que hoje o foco de análise se dá em torno da delimitação das experiências ativistas da Suprema Corte ao longo da história, bem como na identificação da construção de argumentos de limitação do poder de revisão da corte, conhecido como *judicial self-restraint*. É isso que está indicado no texto de Christopher Wolfe *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*.^[1]

Ou seja, diferentemente do contexto europeu, a tradição norte-americana vivenciou a experiência de constitucionalização acompanhada de um amplo debate sobre *como* a Suprema Corte deveria se comportar e *quais os limites* desta atuação. Isso porque, paralelo à expansão do movimento constitucionalizador nos Estados Unidos, crescia, conjuntamente, a atividade jurisdicional. Isso repercutiu diretamente numa preocupação no modo de delinear o espaço político-institucional do Judiciário, mas não apenas nisso: num esforço intelectual com o objetivo de aprofundar os debates sobre como compreender a *interpretação judicial da Constituição*.

Essa questão aparece, por exemplo, nos textos de Walter Murphy (*Judicial Supremacy*)^[2], que discute a ideia de supremacia judicial em contraposição à noção de autorrestrrição; Laurence Tribe (*The Invisible Constitution*)^[3], um dos mais conhecidos constitucionalistas estadunidenses; John Hart Ely (*Democracy and Distrust*)^[4], que apresenta uma posição bem distinta sobre o papel do judiciário na realização da interpretação da Constituição; Charles Beard (*The Supreme Court and the Constitution*)^[5], que faz uma ampla reconstrução histórica sobre o nascimento do *judicial review*, retomando, de modo bastante aprofundado, às peculiaridades da discussão sobre o posicionamento exarado no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*;



Mark Tushnet (*Taking the Constitution away from the Courts*)[\[6\]](#), que faz uma interessante leitura sobre a relação da atuação do Suprema Corte com a conjuntura política norte-americana; Alexander Bickel (*The Last Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*)[\[7\]](#) e Raoul Berger (*Government by Judiciary*)[\[8\]](#).

Em todas as obras citadas, há um número significativo de referências a casos julgados pela Suprema Corte, nos quais a interpretação da Constituição implicava na aplicação direta de direitos fundamentais (para o bem e para o mal). Independentemente, o fato é que, em última análise, os autores acima citados corroboram a afirmação de que o problema da força normativa da Constituição se apresenta no contexto estadunidense desde a afirmação da *judicial review*. Indo um pouco mais além, é possível afirmar que a noção de supremacia constitucional, nos Estados Unidos, esteve diretamente relacionada com a afirmação do Poder Judiciário (*judicial review*), razão pela qual a interpretação, desde os primórdios, sempre foi o principal objeto de discussão acadêmica.

Além de tudo isso, do ponto de vista constitucional, é preciso reconhecer nos Estados Unidos um certo pioneirismo. No que tange especificamente à engenharia constitucional, este pioneirismo teve lugar por dois motivos concomitantes:

- 1º) Os Estados Unidos não viveram os problemas dos conflitos religiosos que marcaram a experiência constitucional europeia. De algum modo, os imigrantes que se instalaram nas colônias encontraram ali o ambiente propício para uma convivência “pacífica” entre as diversas crenças e religiões. E esse ideal de liberdade religiosa, que de algum modo inspira todos os membros dessa sociedade em formação, possibilitou a configuração de uma sociedade plural e multifacetada, o que tardou a acontecer na Europa;
- 2º) Os norte-americanos conheciam as construções teóricas do iluminismo inglês e francês e sabiam das medidas que a Inglaterra e a França vinham tomando para moderar o poder do rei. Nesse particular, a experiência inglesa é importante, sobretudo em face da inexorável influência que a metrópole exercia sobre a então colônia.

Nessa medida, a revolução americana representa a construção de uma série de aportes teóricos que transformam profundamente o constitucionalismo. Em primeiro lugar, a afirmação de um sistema federalista de governo que garantiu autonomia administrativa e legislativa aos estados (13 colônias independentes). Por outro lado, a criação de uma nova modalidade de limitação do poder com a construção de instrumentos que procuram travar a “vontade” das maiorias eventuais — prevenindo um possível governo arbitrário por parte destas maiorias, uma vez que os representantes eleitos pelo voto majoritário poderiam se tornar um tipo de “aristocracia de fato”[\[9\]](#) — a partir da garantia dos direitos da minoria. Estratégia justificada na desconfiança de Madison formulada no seguinte enunciado: “em todos os casos em que a maioria está unida por um interesse ou paixão comum, os direitos da minoria estão em perigo”.

Por fim, e talvez o mais importante, a construção de um ambiente cultural no interior do qual a *lei* ocupa o lugar do *rei*, em contraposição aos modelos absolutistas em que o *rei* é a *lei*. Desse modo, a afirmação de Thomas Paine de que “uma Constituição não é um ato de um governo, mas sim *o ato* de um povo *que cria* um governo”, ou, em outras palavras, “*um governo sem Constituição é um poder sem direito*”, encontra terreno fértil para brotar e dar frutos.[\[10\]](#)



Estas três características permitem visualizar o caráter de *pré-compromisso* de que se reveste a Constituição, a partir dos contornos que lhe dá o constitucionalismo estadunidense. Ou seja, com Stockton, é possível dizer que “Constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi”. São, portanto, *restrições que os próprios autores políticos estabelecem para si e para as gerações futuras*, para garantir um governo que esteja *sob* o direito e não *sobre* ele. Como assevera Cass Sunstein: “as estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza da vontade da coletividade”^[11].

Desse modo, a *judicial review* é a garantia de que esse pré-compromisso será devidamente cumprido — por isso a ligação entre Judiciário e supremacia constitucional. E isso é consequência da verdadeira soberania da lei. Mas não de qualquer lei, e sim daquela que passa a ser entendida como a lei das leis, a *paramount law*, dotada de supremacia e rigidez: a Constituição. Nas palavras de Matteucci: “em lugar da velha lei consuetudinária, uma Constituição escrita, que contém os direitos garantidos aos cidadãos por um juiz, que fixa e declara a lei”^[12]. Vejamos, então, os contornos que essa jurisdição, constituidora deste elo pré-compromissório, receberá na formação da federação americana.

De tudo o que foi dito, ao menos uma coisa parece ficar clara: a decisão de Marshall no *leading case Marbury v.s. Madson* é mais um ponto de chegada do que um ponto de partida. Ou seja, nesta decisão, a Suprema Corte afirmou um mecanismo que já vinha se sedimentando no interior da construção histórica do constitucionalismo e que encontrou as condições adequadas para seu desenvolvimento em solo norte-americano.

É importante lembrar que, nos debates sobre a unificação das 13 colônias e na redação da Constituição em 1788^[13], já estavam desenhados os contornos de um necessário controle dos atos do parlamento e do executivo com relação à Constituição Federal. Isso se dá, como ressaltai no item anterior, a partir da ideia de *pré-compromissos constitucionais*. Por isso, a tese de Marshall, embora tenha gerado muitas controvérsias, não provocou ruptura ou inovou no contexto do constitucionalismo norte-americano, mas ampliou a ideia de supremacia constitucional (e, por conseguinte, de controle), sedimentando-a a partir da atuação jurisdicional. ^[14]

Como lembra Matteucci, a consagração do *judicial review* pelo *chief justice* John Marshall representa o acabamento da construção constitucional norte-americana. Sem ele, o modelo de freios e contrapesos que, com Elster, podemos dizer que caracteriza o constitucionalismo estadunidense, não estaria completo. ^[15]

Agora, é importante para nossa pesquisa esclarecer alguns pontos no que tange ao papel que a corte desempenha no exercício do *judicial review*. Quero dizer, além do tradicional juízo de constitucionalidade (determinar se a lei do parlamento está ou não de acordo com a *paramount law*), a Suprema Corte cumpre algumas funções deveras importantes. Entre estas funções está o caráter de fechamento do sistema federativo e sua participação nos problemas envolvendo questões da federação na administração dos Estados.

Todo esse poder conferido ao Judiciário não se apresenta isento de problemas. Se era necessária a criação de um mecanismo de controle dos pré-compromissos constitucionais, também é certo que os



limites dessa atividade de controle passam a gerar certa discussão. Christopher Wolfe coloca com precisão as transformações que ocorreram no Judiciário, ou melhor, no exercício do *judicial review*. Ele alerta que, com o passar dos anos, o papel desempenhado pela Suprema Corte foi significativamente alterado, de modo que, de intérprete privilegiado da Constituição, o tribunal passou a agir como uma variante do Poder Legislativo.

[1] WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

[2] MURPHY, Walter F. Judicial Supremacy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). *Judicial Power and the Constitution: selections from the Encyclopedia of the American Constitution*. New York: Macmillan, 1990, p. 54-7.

[3] TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

[4] ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

[5] BEARD, Charles A. *The Supreme Court and the Constitution*. Mineola: Dover Publications Inc., 2006. Destaca-se que a primeira edição desta obra saiu em 1912, sendo que a segunda foi publicada em 1962, edição esta que é a mais recente em termos contetudísticos.

[6] TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

[7] BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. N. York: Vail-Ballou Press, 1986.

[8] BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*. Harvard University Press, 1977.

[9] A expressão é de Mirabeu e utilizada por Elster (Cf. Elster, Jon. *Ulisses Liberto*. São Paulo: Unesp, 2010, p.169).

[10] Cf. Matteucci, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Madrid: Trotta, 2006, p. 164.

[11] Ambos citados por Elster (Cf. Elster, Jon. op., cit., p. 120). Aliás, é importante anotar que foi Elster quem melhor trabalhou a aproximação entre a ideia de *pré-compromisso* que aparece na *Odisséia* de Homero e as modernas Constituições, principalmente aquela que representa a consagração do constitucionalismo norte-americano. Com efeito, no épico de Homero, *Ulisses*, durante seu regresso a Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida destas provações é o “canto das sereias” que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível voltar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, *Ulisses* ordena aos seus subordinados que o acorremem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele venha a emitir posteriormente. Ou seja, *Ulisses* sabia que não resistiria e, por isso, cria uma autorrestrição para não sucumbir depois. Do mesmo modo, as Constituições poderiam ser vistas como as correntes de *Ulisses*, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas). Todavia, Elster revisitou essa sua construção e a entende, atualmente, apenas parcialmente correta. Isso por uma série de questões que não cabem serem aqui analisadas. Para efeitos do que aqui pretendo encaminhar, entendo continuar correta a ideia de *pré-compromissos constitucionais* tal qual Elster havia descrito em *Ulisses and the Sirens*.

[12] Cf. Matteucci, Nicola. op., cit., p. 169.

[13] De se lembrar que, com a independência das treze colônias, colocou-se em pauta o debate pela união ou separação de cada um dos territórios. Evidentemente que o problema passava pela afirmação de uma autonomia administrativa de cada uma das colônias. É em 1778, com a ratificação da Constituição



pela maioria dos Estados, que se culmina o processo histórico de unificação, ou melhor, de federação das colônias, que fora iniciado desde o congresso de Albany em 1754.

[14] Essa discussão em torno do posicionamento de Marshall pode ser encontrada na obra de Charles Beard, op. cit., *passim*, que foi escrita justamente com o fito de colocar fim às discussões levantadas sobre a legitimidade do *judicial review*.

[15] Cf. Matteucci, Nicola. op., cit., p. 167/169.

Date Created

15/03/2014