



Coleção de Teses,
Dissertações
e Monografias

de Servidores do Senado Federal

2010

Dissertação

O Princípio
da Moderação
e a Legitimação
do Controle
Judicial de
Constitucionalidade
das Leis

Thales Chagas Machado Coelho





Coleção de Teses,
Dissertações
e Monografias

**Coleção de Teses,
Dissertações
e Monografias**

de servidores do senado Federal.

2010

Dissertação

**O Princípio
da Moderação
e a Legitimação
do Controle
Judicial de
Constitucionalidade
das Leis**

Thales Chagas Machado Coelho





SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR

Florian Augusto Coutinho Madruga

DIRETOR DA SUBSECRETARIA INDUSTRIAL

José Farias Maranhão

DIRETOR DA SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO, SUPRIMENTO
DE MATÉRIAS-PRIMAS E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Luiz Carlos da Costa

DIRETORA DA SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Anna Maria de Lucena Rodrigues

DIRETOR ADJUNTO

André Luiz Rodrigues Santana

EQUIPE EDITORIAL

PROJETO GRÁFICO, EDITORAÇÃO E COORDENAÇÃO

Serviço de Impressão Eletrônica (SEIMEL) da Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP)

CAPA

Subsecretaria de Projetos Especiais (SUPRES) da Secretaria Especial de Comunicação Social (SECES)

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP)

Ficha catalográfica feita por Fabrícia da Silva Costa Feitosa
ISBN 978-85-7018-333-0

Coelho, Thales Chagas Machado.

O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis / Thales Chagas Machado Coelho. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

169p. – (Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal)

1. Controle de constitucionalidade, Brasil. 2. Constituição, Brasil (1988). 3. Jurisdição constitucional. I. Título. II. Série.

CDD 340



SENADO FEDERAL

MESA DIRETORA
Biênio 2009/2010

Senador **José Sarney**
Presidente

Senador **Marconi Perillo**
1º Vice-Presidente

Senadora **Serys Shessarenko**
2ª Vice-Presidente

Senador **Heráclito Fortes**
1º Secretário

Senador **João Vicente Claudino**
2º Secretário

Senador **Mão Santa**
3º Secretário

Senadora **Patrícia Saboya**
4ª Secretária

Suplentes de Secretário

Senador **César Borges**
Senador **Adelmir Santana**
Senador **Cícero Lucena**
Senador **Gerson Camata**

Haroldo Feitosa Tajra
Diretor-Geral

Claudia Lyra Nascimento
Secretária-Geral da Mesa

APRESENTAÇÃO

Por meio de pesquisas de campo (questionários e entrevistas) e bibliográfica, este estudo, especialmente pautado na pesquisa de campo e na coleta de dados (por ser um tema inédito) e menos no campo teórico (pelo fato de haver poucas fontes bibliográficas no campo teórico tanto do marketing institucional quanto do marketing turístico) tem como objetivo lançar luzes numa área nova e averiguar o impacto do projeto de visita na construção da imagem positiva do Parlamento a partir das informações passadas ao visitante durante a visita ao Congresso Nacional, chamando especial atenção ao fato de alertar para a responsabilidade de cada cidadão na composição do Parlamento. Assim, averiguou-se a parcela dos visitantes quanto à imagem modificada com as informações recebidas durante a visita; se os visitantes gostariam de ter mais informações sobre o Processo Legislativo; se de fato as pessoas confundem os Poderes que compõem o Estado; se a conduta de alguns parlamentares contamina a imagem que a sociedade tem do Legislativo; e, finalmente, se, apesar de todos os problemas que o projeto enfrenta, é de fato uma ferramenta estratégica importante por se tratar de um contato interpessoal com o público. Diferentemente dos outros meios de comunicação, deve-se atentar para o fato de não se tratar de passar uma imagem falsa ou maquiada do parlamento, mas de utilizá-lo da forma mais transparente possível para que o público faça o seu julgamento só que com mais responsabilidade, ciente da parcela que lhe cabe no processo democrático.

Palavras chave: Imagem Positiva ,Parlamento Brasileiro, Transparência, Visita Institucional.

Senador José Sarney
Presidente

INTRODUÇÃO

É com grande satisfação e com muito orgulho que apresentamos ao leitor os textos que inauguram a Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal, selecionados como os melhores entre os mais de 50 trabalhos acadêmicos que atenderam ao chamado do concurso lançado este ano pela primeira vez.

É gratificante, efetivamente, uma satisfação e um orgulho poder constatar a qualidade do corpo de servidores desta Casa, que se manifesta de forma insofismável em todos os trabalhos apresentados e, de forma excelente, naqueles que foram enfim premiados com a publicação.

E não se trata aqui apenas de um orgulho superficial e de uma satisfação benevolente. Essa qualidade de nosso corpo técnico-administrativo – não há exagero em dizê-lo – é um ingrediente indispensável da força de nosso Parlamento. E, vale lembrar, um Parlamento sólido é essencial para a nossa saúde democrática.

Entre os muitos papéis que cumpre o Parlamento, o de ser o fórum para onde convergem os grandes debates nacionais é, certamente, um dos mais fundamentais. É aqui, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que reverberam as diversas vozes em que se exprime nossa sociedade. Deputados e Senadores são os portadores dessas vozes múltiplas, plurais, que manifestam os pontos de vista igualmente múltiplos e plurais de nossa sociedade – e esse é o papel fundamental da representação política.

Mas para que esse debate seja frutífero, é preciso mais do que a política – e é aí que poder contar com um corpo técnico qualificado e atualizado, bem formado e bem informado, torna-se fundamental para o exercício pleno do mandato que recebemos dos cidadãos. Como bem demonstra o resultado deste primeiro concurso de teses, dissertações e monografias, podemos dizer que temos a ventura de satisfazer com brilho essa condição.

Este ano, premiamos dez trabalhos que se destacaram por sua excelência.

Na categoria “teses de doutorado”, Ana Lúcia Coelho Romero Novelli estuda o fenômeno da opinião pública brasileira a partir de seu relacionamento com o Congresso Nacional, tema de alta relevância tanto para entendermos e avaliarmos os processos que caracterizam a formação da opinião pública, quanto para avaliarmos o próprio Parlamento, instituição cujo funcionamento, por natureza, tem uma sensibilidade peculiar à forma como é percebido pela opinião do público. Maria Cláudia Barbosa de Oliveira Drummond, por sua vez, aborda o tema atualíssimo dos parlamentos de integração, e a questão que tende

a crescer na nossa agenda de discussões, à medida que a integração política dos países do Mercosul for avançando, é do déficit democrático nas relações internacionais.

Na categoria “dissertações de mestrado”, três servidores foram contemplados com a publicação de seus trabalhos. Mellina Motta de Paula Bernardes parte de sua experiência na Casa para refletir sobre a ocorrência de interfaces entre as competências do Senado Federal, estudando uma das recomendações apresentadas no relatório final da CPI dos Títulos Públicos. Paulo Fernando Mohn e Souza e Thales Chagas Machado Coelho, por sua vez, trazem contribuições ao entendimento de duas questões importantes e de amplo alcance, o primeiro sobre o princípio de subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo, o segundo sobre o princípio de moderação e seu papel na legitimação do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Na categoria “monografias de pós-graduação”, Arlindo Fernandes de Oliveira e Flávia Cristina Mascarenhas Magalhães abordam, em seus trabalhos, dois lados das cada vez mais complexas relações entre a esfera jurídica e a esfera política, o primeiro tratando do tema do “judiciário legislador”, a segunda estudando a judicialização da política a partir da análise da evolução do Direito Eleitoral brasileiro entre 2002 e 2008. Carlos Eduardo Rodrigues Cruz realiza um estudo comparado dos sistemas de controles internos dos diversos Poderes para discutir a real necessidade de sua integração e a melhor forma de institucionalizá-la. Luiz Carlos Santana de Freitas estuda a delicada questão do controle normativo da mídia do Congresso Nacional, que, por sua natureza e para cumprir sua finalidade republicana, está forçada a caminhar por um caminho mais estreito do que a mídia em geral, o que não deixa de ter reflexos sobre a atividade jornalística. Por fim, Walesca Borges da Cunha e Cruz mostra, em seu trabalho, como o projeto de visita do Parlamento brasileiro tem colaborado para a construção de uma nova imagem, mais positiva, do Congresso Nacional, constituindo-se em peça importante da relação entre as instituições e os cidadãos e contribuindo, assim, para a transparência e para o aperfeiçoamento da cultura político-democrática entre nós.

Como se vê, o leque de temas é amplo e variado – tão amplo e tão variado quanto é a própria atividade parlamentar, que necessita, para além dessa variedade, de permanente atualização. É reconfortante sabermos, como parlamentares, que temos à nossa volta colaboradores constantemente envolvidos em aprimorar seu trabalho – e o nosso trabalho – por meio da reflexão e da produção de novo conhecimento.

Lançamos hoje a primeira mostra da valiosa contribuição de nossos servidores à produção desse conhecimento sem o qual o nosso exercício da atividade parlamentar ficaria, sem sombra de dúvida, prejudicado. Tenho certeza de que, nos próximos anos, com o crescimento desta coleção, teremos ainda mais motivos de nos orgulhar de nosso corpo de servidores e de sua capacidade de contribuir para o aprimoramento desta instituição – o Parlamento –, que é o coração mesmo da democracia.

A todos os premiados, deixo aqui minhas congratulações e meus sinceros agradecimentos pelo excelente trabalho que realizam.

Senador Heráclito Fortes

1º Secretário do Senado Federal

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

THALES CHAGAS MACHADO COELHO

**O PRINCÍPIO DA MODERAÇÃO
E A LEGITIMAÇÃO DO CONTROLE
JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS**

Dissertação

Belo Horizonte • 2003

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

THALES CHAGAS MACHADO COELHO

**O PRINCÍPIO DA MODERAÇÃO
E A LEGITIMAÇÃO DO CONTROLE
JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS**

Dissertação apresentada e aprovada com a nota máxima (dez), defendida perante a Comissão Examinadora composta dos seguintes professores:

Comissão Examinadora

- 1) Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (Orientador)
- 2) Prof. Dr. Antônio Álvares da Silva Campos
- 3) Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães

*Para Sandra, sempre companheira de
venturas: em tempos de vento de tra-
vessia e de calma; de tempestade e
de bonança.*

“Aquele que só sabe o direito, nem o direito sabe.”

Justice Oliver W. Holmes Jr.

“Os juízes devem ser homens de Estado. É necessário que saibam discernir o espírito de seu tempo, afrontar obstáculos que é possível vencer e desviar-se da corrente quando o turbilhão ameaça arrastar junto com eles mesmos a soberania da União e a obediência devida às suas leis.”

Alexis de Tocqueville

“As cenas de horror que acompanham uma convulsão civil não podem ser descritas, e a conclusão delas será pior do que o limite de sua duração. O lado mais forte então tornará traidores os mais fracos; e o Patíbulo e a Corda concluirão a obra da espada.”

Gouverneur Morris

“Os Estados Unidos são hoje uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições democráticas.”

Ronald Dworkin

AGRADECIMENTOS

Declino, em primeiro lugar, o mais profundo agradecimento a meus pais, Jovelino e Rosamaria, por todo amor e carinho, pelos estímulos ao estudo, desde a mais tenra idade, e, notadamente, pelos exemplos de dignidade e humanismo.

Não poderia deixar de registrar especial reconhecimento a meu orientador, Professor Menelick de Carvalho Netto, em quem, já no meu ingresso na Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, identifiquei o mestre vocacionado, aquele que convida o discípulo aos instigantes desafios de superação da mediocridade, do inconformismo científico, da humildade acadêmica e da articulação do saber com os imperativos éticos que nos impulsionam à ação voltada para uma vida melhor para todos.

Aos integrantes da Bancada do Partido dos Trabalhadores no Senado Federal, pela compreensão da importância de meu aprimoramento, nos campos doutrinário e profissional.

Aos Professores e Servidores da “Casa de Afonso Pena”, minha eterna gratidão. Sem eles não teria chegado até este ponto. O receio das imperdoáveis omissões obriga-me a generalizações. Não posso, contudo, deixar de mencionar os nomes da Professora Elza Maria Miranda Afonso, com quem dei os primeiros passos no misterioso mundo do Direito e do Professor José Alfredo de Oliveira Baracho: em suas aulas fui arrebatado pelo fascínio de compreender as relações entre Política e Direito.

Aos colegas do Curso de Pós-Graduação e do Senado Federal sou agradecido pelas oportunidades de debates fraternais, trocas de experiências e compartilhamento de descobertas que nos auxiliam a ultrapassar os umbrais da “caverna” da ignorância de que falava Platão.

Aos dedicados bibliotecários do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, minha eterna dívida: sem o seu concurso, não teria sido possível o acesso a obras raras tão necessárias a minhas investigações.

Aos meus enteados, Simone, Paula e Eduardo; aos meus irmãos José Flávio (Tuti) e Sérgio; aos meus queridos afilhados, João Vitor e Bernardo; aos meus sobrinhos, Antônio José e Thereza; aos que também me têm como “Dindo”, Pedro, Amanda e Marcella; e aos amigos, pela generosa compreensão, em virtude das horas de convívio que lhes foram subtraídas.

RESUMO

Na presente dissertação são pesquisadas as motivações para a legitimação do controle de constitucionalidade de atos normativos.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*US Supreme Court*) no processo *Marbury v. Madison* (1803) é aqui considerada como marco para os fins de estudo do problema. O Autor nega, porém, a possibilidade de o texto escrito da Constituição oferecer uma autorização precisa para o exercício da função de censura das leis pelo mais elevado tribunal dos EUA.

Decide, então, considerar a evolução da práxis judicial inglesa desde a conquista normanda, para identificar as causas remotas do fenômeno, isto é, do processo de legitimação, e como essas influenciaram os norte-americanos na intenção de, em razão da Constituição e por meio da jurisdição, limitar a ação legiferante do Parlamento em um regime democrático.

Palavras-Chave: Constituição – Controle de Constitucionalidade – Legitimação da Jurisdição Constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

In diesem Vortrag werden die Begründungen für die Legitimation der Verfassungsgemässigkeitkontrolle der Normen geforscht.

Die *US Supreme Courts Entscheidung in der Sache Marbury v. Madison* (1803) wird zu den Studiumziele des Problems als Meilenstein berücksichtigt. Der Autor weist zurück, die Möglichkeit des schriftlichen Textes der Verfassung eine unbezweifelbare Antwort für die Frage zu bieten, damit der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten Amerikas genehmigt wird, die Zensur der Gesetze zu üben.

Deswegen entschliesst er die Entwicklung der englischen Gerichtbarkeit seit der normannischen Eroberung in Kauf zu nehmen, um die ehemaligen Ursachen des Phänomens zu identifizieren, d.h Ursachen des Legitimationsverfahrens, und wie sie die Amerikaner in der Absicht beeinflusst haben, auf Grund der Verfassung und durch die Gerichtbarkeit, die gesetzgebende Aktion des Parlaments in einem demokratischen Regime zu beschränken.

Stichwörter: Verfassung – Verfassungsgemässigkeitkontrolle der Normen – Legitimation der Verfassungsgerichtbarkeit.

SUMÁRIO

	Pág.
INTRODUÇÃO	23
CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO, CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORMALIDADE CONSTITUCIONAL.....	37
CAPÍTULO II – LEGITIMAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	79
CAPÍTULO III – O PAPEL DOS JUÍZES NA ESTABILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MODERAÇÃO	123
CONCLUSÕES	145
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	157

INTRODUÇÃO

O objetivo inicial desta dissertação seria analisar a *legitimidade*, na República Federativa do Brasil, dos órgãos estatais investidos da função jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis, no contexto de um modelo que tem sido denominado, em conformidade com a doutrina dominante, *misto*, não obstante a emergência de restrições partidas de vozes autorizadas à observância, hodiernamente, dessa tipificação¹.

A probabilidade de que a grave advertência de Miranda quanto à adoção por “osmose”², também no Brasil, de um modelo surgido e desenvolvido “por costume constitucional” nos EUA, arrefeceu nosso ímpeto quanto a amplas possibilidades a serem descortinadas sobre esse tema, a partir dos instrumentais da teoria da ação comunicativa. Com efeito, a *legitimidade* do instituto só

¹ *V.g.*: “A nova conformação emprestada ao direito de propositura, sobretudo com a outorga do direito de propositura a diferentes organizações sociais, veio reforçar o caráter de controle abstrato de normas como mecanismo de correção do modelo incidental. Não é menos certo, por outro lado, de que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma substancial mudança – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Assim, se se cogitava anteriormente de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305.

² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 382.

pode ser compreendida como desdobramento do processo de *legitimação*, que passa, essencialmente, pela coordenação da ação de atores voltados à validação de interlocuções com vista à obtenção de consensos vinculantes. Nesse sentido, a introjeção, em 1891, sem maiores discussões, no Estatuto Político da República, da técnica de fiscalização difusa, concreta, incidental de raiz norte-americana retrata a irresistível força de atração de um sistema exógeno³. A esse respeito, não podemos nos esquecer que, à época da queda do regime monárquico brasileiro, os EUA vivenciavam um estuendo e acelerado milagre econômico (que se iniciara com o fim da Guerra Civil); “menos de 50 anos foram suficientes para que alcançassem e ultrapassassem as principais nações industriais da velha Europa”, tornando-se a maior potência industrial do globo no início do século XX e “centro cíclico principal” por volta da I Guerra Mundial⁴.

Subtraído de problematizações, o controle de constitucionalidade “brasileiro” nascia, assim, deficitário em termos de *legitimação*, isto é, já marcado pelo selo da “força do fático”, no âmbito das “certezas do mundo da vida”, das “convicções sacralizadas”, da esfera da faticidade, a se impor pela coação

³ V. debates sobre a jurisdição constitucional entre os Constituintes Campos Salles, Ruy Barbosa, José Hygino e Amaro Cavalcanti na Assembléia Nacional Constituinte, 1890-1891 em CAMPOS SALLES, Manoel F. **Discursos**, vol II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 6-62; CAVALCANTI, Amaro. **Regimen Federativo e a Republica Brasileira**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p. 228-254. V. ainda MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1923, p. 600. CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal Brasileira, 1891: Commentada**. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 242. BARBOSA, Ruy. **Commentarios à Constituição Brasileira**, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 127-154. LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 100-143. V. também CARDOSO, Fernando Henrique. *Dos Governos Militares a Prudente-Campos Salles*. In: FAUSTO, Boris (org.) **História Geral da Civilização Brasileira**, Tomo III, 1º vol. Rio de Janeiro: Difel, 1977, p. 43-44. BURNS, Bradford. *As Relações Internacionais do Brasil Durante a Primeira República*. In: FAUSTO, Boris (org.). **História Geral da Civilização Brasileira: O Brasil Republicano**, Tomo III, 2º vol. Rio de Janeiro: Difel, 1977, p.378. COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República: Momentos Decisivos**. São Paulo: Grijalbo, 1977, p. 253. CARONE, Edgard. **A Primeira República**. São Paulo: Difusão Européia, 1973, p. 93 e 377. CARONE, Edgard. **A República Velha**. São Paulo: Difusão Européia, 1972, p. 285.

⁴ v. TEIXEIRA, Aloísio. **Estados Unidos: A “Curta Marcha” para a Hegemonia**. In: FIORI, José Luís (org.). **Estado e Moedas no Desenvolvimento das Nações**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 155-190. LINK, Arthur. **História Moderna dos EUA**, vol I, trad. Waltensir Dutra, Álvaro Cabral e Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 20-199. LERNER, Max. **American as a Civilization**, vol. I. New York, Simon Schuster, 1962, p. 28-31. HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza dos EUA (Nós, o Povo)**, trad. Mary Fonseca. São Paulo: Brasiliense, 1978, p. 166-233. ALLEN, Harry Cranbrook. **História dos EUA**, trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 177-185.

de sanções exteriores⁵. Além dessa “natural” gravitação em torno do modelo norte-americano, é verdade que a Assembléia Constituinte pouco discutiu o papel do Poder Judiciário, conforme o projeto de Campos Salles. A escolha do futuro presidente constitucional da República é que se colocava como questão central para os legisladores, polarizados entre os grupos militaristas e os civis.

Pensávamos, a princípio, que assimilação dessa tradição, no âmbito do direito constitucional brasileiro, teria sido reflexo de um conjunto de mudanças, um processo de mediações e tensões, respeitante às ordens de objetivos que o Estado tem que atender. Falaríamos aqui das interações, no controle de constitucionalidade pátrio, entre “facticidade e validade, entre realidade e normatividade, entre práticas sociais historicamente criadas e leis jurídicas politicamente implementadas, entre ‘mundo vivido’ e ‘sistema’, conceitos-chave criados por Habermas para compreender a moderna sociedade, dessacralizada e racionalizada”.⁶

As leituras que pouco a pouco íamos fazendo levaram-nos à desconfiança quanto ao alcance de desfecho dissertativo, se perseverássemos na linha de pesquisa original⁷. Essa constatação levou-nos, não propriamente a um

⁵ v. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 44-45.

⁶ FREITAG, Bárbara. *Facticidade e Validade. Contribuições para um teoria discursiva do direito e do Estado de direito democrático* (Resenha). In: **Notícia do Direito Brasileiro**, Nova Série, n. 7. Brasília: UnB, 2000, p. 446.

⁷ VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro**, parte II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, p. 79-81. OCTAVIO, Rodrigo. **Confronto da Constituição Federal dos E.U do Brasil com as Constituições da República Argentina, dos E.U da América e da Suíça**. Rio de Janeiro: Classica, 1897, p. 86-95. FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder**, vol. 2. Porto Alegre/São Paulo: Globo-USP, 1975, p. 535-541. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (org.). **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1-2. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 28-29. BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*. In: **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 133-134. RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte dos EUA e sua Contribuição ao Direito Constitucional Brasileiro*. In: **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 201 e seguintes. RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 1-2. JACQUES, Paulino. *Aspectos do Poder Judiciário Americano e Brasileiro*. In: **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 221-223. DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: Do Controle da Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 75-76. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do Controle da Constitucionalidade**. Rio

detour, mas a um mergulho nas fontes do problema suscitado: a legitimação do controle judicial de constitucionalidade. Por isso mesmo, detivemo-nos, por regressão, na clássica decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison* (1803); o presente trabalho é fruto desse olhar sobre as causas da autenticidade e efetividade do sistema judicialista norte-americano. Isso não nos impediu, contudo, de ainda considerar as mutações de controle de constitucionalidade no Brasil, notadamente sua conversão, desde 1965, em estuário também da técnica austríaca de sindicabilidade da legislação, acentuada a partir de 1988. Mas mesmo aqui, sentimos a balança pender muito mais para os domínios da faticidade, do que para as exigências do agir comunicativo⁸.

Albert V. Dicey afirmara que a função exata do constitucionalista seria a de mostrar as regras reconhecidas e validadas pelos tribunais que devem ser encontradas nas diversas partes da Constituição⁹. A justificação para essa base doutrinária está na percepção de ser epicêntrico o *topos* dos tribunais nos sistemas constitucionais que, a par função jurisdicional de resolver conflitos privados, como “instrumento vivo que transforma a regulação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações particulares; que traduz o comando abstracto da lei no comando concreto entre as partes”¹⁰, reconhece aos juízes e às cortes prerrogativa censória dos atos dos agentes políticos. Falamos de sistemas constitucionais que adotam a revisão judicial (*judicial review*) de atos dos demais ramos do poder de Estado, especialmente o controle judicial efetivo sobre a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Legislativo (ou, quando é o caso, a função legiferante anômala do Executivo)

de Janeiro: Forense, 1966, p. 57. CLEVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82. MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 170-174. HORTA, Raul Machado. **Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 52. SILVA, José Afonso da. *Jurisdição Constitucional*. In: **O Direito na Década de 80**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 213. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas, Efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110-111. VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999, p. 30. Uma visão mais mitigada pode ser encontrada em MARINHO, Josaphat. *Perspectivas do Controle de Constitucionalidade*. In: **Estudos Constitucionais**. Salvador: UFBA, 1989, p. 55-57.

⁸ V. o chamamento de CARVALHO NETTO, Menelick de, em *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. **Revista de Direito Comparado**, vol. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, maio 1999, p. 486.

⁹ DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of Law of the Constitution**. London: Macmillan, 1939, p. 31.

¹⁰ FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 111.

– *Judicial Review of Legislation* -- e a censura das ações e omissões dos governantes, nas ocasiões em que se lhes impõe o cumprimento de dever não discricionário estabelecido por lei (*judicial review of Executive Conduct*).

Não é despidendo, neste passo, recordar a tão mencionada fórmula do *Justice* Charles Evans Hughes, citado por Hendel, que tão bem resume a centralidade do papel desempenhado pelos tribunais: “estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”.¹¹

Essa matriz do direito constitucional, fulcrada na interpretação e aplicação das normas da Constituição, como já dissemos, deita suas raízes na *praxis* norte-americana, mas suas ramificações podem, na atualidade, ser observadas no cotejo de diferentes sistemas constitucionais europeus. Canotilho dá notícia, *v.g.*, da evolução do direito constitucional francês, no sentido preconizado por Louis Favoreau, da escola judicialista ou justicialista; na Alemanha, consoante a orientação de Konrad Hesse, estaria a ganhar espaço a importância atribuída à jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht (BVG)*, reservando-se ao texto constitucional o papel de “ponto de partida para a exposição dos princípios e fundamentos do direito constitucional positivo”¹². Na Itália e na Espanha, o processo de “*justicialização da constituição*, ou seja, a tendência, há muito verificada no direito norte-americano, de converter os problemas político-constitucionais em problemas de *aplicação judicial* da constituição”¹³ também estaria em curso, na esteira dos ensinamentos, entre outros, de Vezio Crisafulli e de Eduardo Garcia de Enterría.

Tomando-se, pois, como referência histórica dessa perspectiva do direito constitucional jurisprudencial, a decisão da Suprema Corte norte-americana no citado *leading case* o tema do controle de constitucionalidade, desde então, apresenta-se como recorrente e aberto a novos questionamentos¹⁴.

¹¹ HENDEL, Samuel. **Charles Evans Hughes and the Supreme Court**. New York: King’s Crown Press, Columbia University, 1951, p. 11. Ver também VIEIRA, José Ribas. **Construindo a Teoria da Constituição do Século XXI: A Presença Norte-Americana e Aspectos Comparativos**. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **Temas de Direito Constitucional Norte-Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3-5.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 19.

¹³ CANOTILHO, J.J.G. *op. cit.*, p. 18.

¹⁴ Alan Westin em instigante introdução à clássica obra **A Suprema Corte e a Constituição**, de Charles A. BEARD, diz que “a tese Marbury atrai discussão como uma flor atrai abelhas” (tradução

De fato, a questão basilar que se colocara, sob a perspectiva aqui sugerida, para os estudiosos do direito da época e para as gerações de juristas que se seguiram, pode ser resumida no seguinte paradoxo: como pôde prosperar -- a ponto de ali reconhecerem os pósteros, o momento fundante do controle judicial de constitucionalidade – uma ousada técnica de aplicação do direito, a desautorizar a ação legiferante do Congresso norte-americano, com a impugnação do art. (§) 13 do *Judiciary Act*, de 1789, numa quadra em que forças políticas adversas – partidárias de Thomas Jefferson –, ávidas por imputar aos membros da Corte de Marshall (ex-Secretário de Estado da Presidência, no governo John Adams) a sanção de *impeachment* – conforme autorização constitucional –, prevaleciam, tanto no Poder Legislativo, como no Executivo dos Estados Unidos da América? E por que não teria ocorrido a destituição de Marshall e seus pares dos seus cargos na Suprema Corte, como arma de retaliação, ante uma pretensa “usurpação” de poderes, pelo ramo Judiciário?

Passados dois séculos, verificamos que o tormentoso – e fundamental -- problema da supremacia constitucional não se desvencilha da revisão judicial, gênero de que o controle de constitucionalidade das leis é espécie; esse, por seu turno, faz exsurgir a compreensão problemática do Poder Judiciário como *legislador negativo* e, consoante algumas técnicas, também um *legislador positivo* (na hipótese de mora parlamentar)¹⁵, a perturbar um dos paradigmas do movimento constitucionalista anterior ao norte-americano -- o inglês --, a saber, o do parlamento soberano¹⁶.

de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 17). V. também CAPPELLETTI, Mauro. **El “Formidable Problema” del Control Judicial y la Contribucion del Analisis Comparado. Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales**, trad. de Faustino González. Madrid: Nova Epoca, n. 13, jan/fev., 1980, p-61-62 e BITAR, Orlando. **Obras Completas de Orlando Bitar: Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho**, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 517.

¹⁵ v. a propósito CANOTILHO, J.J.G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo Para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 273-277; e MENDES, Gilmar F. *op. cit.*, p. 196-215.

¹⁶ Sobre o Poder Legislativo como *poder supremo*, indispensável a leitura dos Capítulos XI, XII e XIII do Livro II de LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**, trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Em verdade, conforme trataremos mais adiante, no período anterior à Revolução Gloriosa, de 1688, teria sido registrado um “precedente”, de 1610, em que um órgão judicial teria declarado um ato do Parlamento contrário ao *common law* (*Dr. Boham’s case*, com decisão nesse sentido proferida por Sir Edward Coke). Hobbes, ao sustentar a possibilidade de residir a soberania em assembleias, submete o *common law*, nessa hipótese, à autoridade soberana do Parlamento. HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1999, p. 220.

Essa é a situação de preeminência do “princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular”.¹⁷

Isso provoca, ainda hoje, emergência de objeções à questão da legitimação do modelo inaugural, o norte-americano. Ronald Dworkin, por exemplo, questiona:

“Portanto, parece que esses juízes exercem um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles, um número ínfimo de nomeados vitalícios, acham erradas. Como isso pode ser conciliado com democracia? Qual é a alternativa, porém, exceto abdicar do poder que Marshall declarou?”

No mesmo tom, pronuncia Ely:

“Um corpo que não é eleito ou mesmo responsável politicamente de nenhuma forma significativa está a dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem”.¹⁸

Paradoxalmente, desenvolveram-se, ao longo do tempo, críticas à sua legitimidade naquilo em que a Suprema Corte dos EUA adotara como antídoto ao risco de assunção pelos tribunais das atribuições legislativas. Vale dizer, a técnica de controle concebida e praticada pelos norte-americanos veio a ser questionada nos aspectos de limitação do pronunciamento jurisdicional ao caso concreto: na natureza concreta/difusa/incidental do *judicial review of legislation*, críticas essas que têm levado a reformulações nos expedientes de sindicabilidade dos atos normativos¹⁹.

Essas modificações foram adotadas sobretudo a partir das formas e instituições preconizadas pelo constitucionalismo austríaco, desde o final da I Guerra Mundial. Essa vereda descortina ulteriores e complementares estudos das novas formatações concernentes ao instituto em apreço, também essas passíveis de críticas, dada a historicidade de formas de Estado, sistemas e for-

¹⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.28.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 41. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 4-5.

¹⁹ v. MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 383-384.

mas de governo, além, é claro, das demandas contemporâneas dos sistemas da economia e da administração²⁰.

Em que pese o largo universo temático da dissertação, não se tratou de oferecer à consideração acadêmica um trabalho de mera descrição da organização e funcionamento de instituições judiciais que possuam a prerrogativa/ atribuição supramencionada, em virtude de outorgas constitucionais.

Apesar deste trabalho abordar, essencialmente, o Poder Judiciário, não quisemos ter a pretensão de nos vincular a uma corrente teórica do direito constitucional em que a categoria política *Estado* é, mais do que básica ou central, quase tudo. Em outras palavras, a pesquisa buscou fontes também em outras paragens. Tampouco procuramos “extroverter” (*auslegen*) – tautologicamente --, como sói acontecer em muitos ensaios jurídicos, as técnicas de manifestação de órgãos jurisdicionais acerca dessa matéria, com epiteliais remissões ou comparações tópicas, ante outras práticas constitucionais²¹.

Visamos, sobretudo, à revisitação dos fundamentos constitucionalmente adequados desse controle, em face do paradoxo retrocitado, a partir de uma reconstrução crítica, à luz de vertentes teoréticas mais recentes, no campo da interpretação constitucional e da teoria do discurso ou da linguagem. Daí a escolha pela verificação de parâmetros de legitimação incipiente.

Salientamos, todavia, que não buscamos levar a efeito a abordagem pretendida de forma estanque. O que procuramos foi a observação da questão, sob os enfoques limitados: o da *legitimação*, como momento instituinte de poder, isto é, de justificação da titularidade de uma prerrogativa que se desdobra para a seara da *legitimidade*, ou seja, do exercício desse poder em termos aceitáveis pelo povo, ao longo de um certo período de experimentações dessa espécie de jurisdição constitucional²².

²⁰ v. HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 297-354.

²¹ Nesse passo, não nos escapou a observação de Renato Janine RIBEIRO: “*basta ler a bibliografia de ciências humanas e sociais neste país para ver que parte razoável não passa de aplicação mecânica de teorias e objetos, e que muito do poder explosivo, inovador, que teriam estes últimos se exaure num exercício de limitado alcance. Trabalhos que poderiam inovar esfalfam-se na redundância e no ritual acadêmico. Perde-se com isso o que é mais interessante na pesquisa e na escrita de feitiço intelectual, que é pôr-se ex xeque diante da novidade*” (**Ao Leitor sem Medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. Belo Horizonte: UFMG, 1999, p. 12).

²² Sobre a categoria *povo*, v. HABERMAS, J. *Warum braucht Europa eine Verfassung? Deutschland*, Frankfurt, Societäts-Verlag, n.6, 2001, em <www.magazin-deutschland.de>, acesso em 31.10.02. Ver também, do mesmo autor, *O que é um povo?* **In: A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos**, tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 7-49. E ainda: *Será*

Ainda que, para efeito de estudo do problema da legitimidade, tenha sido aqui considerada, em alguns aspectos, a sedimentação de práticas judiciais, tivemos em conta a articulação de *legalidade*, *legitimidade* e *constitucionalidade* como “conceitos móveis e reciprocamente referidos” a que se reporta Friedrich Müller²³, ou, “essa tríade de conceitos que se imbricam e se pressupõem”, conforme Carvalho Netto, para o fim de colocação do tema em um novo patamar metódico-teórico do Direito Constitucional e da Teoria Constitucional.

Essa maneira de enfrentar o problema aponta para um foco de acercamento do objeto, pelo qual se considera: que legalidade é mais que a observância adequada de formas e trâmites prescritos; é também expressão da materialidade do ordenamento constitucional; que à legalidade deve se aditar a legitimidade, assim considerada a condição de que o que é legal esteja em consonância com os princípios fundamentais da Constituição e, em decorrência de um desses mesmos princípios, a *accountability* -- essência da natureza democrática do Estado – esteja também permanentemente aberto a críticas pelos agentes estatais e pelos cidadãos em geral; e, finalmente, há que se considerar o *legítimo* tendo-se por pressuposto o aspecto da “constitucionalidade”, não apenas no plano da simples conformidade formal /material com a Constituição, mas inserto naquela esfera de práticas jurídico-políticas em que a Constituição seja, de fato, normativa/vinculativa, inclusive para o próprio Estado.

Qualquer esforço dissertativo de, panoramicamente, se açambarcar temática tão rica e tão vasta padeceria, no resultado, do grave vício de exposição lacunar. A concentração no tema epigrafado requereu, portanto, contextualizações. Optamos neste trabalho por uma captação dos momentos fundantes da jurisdição constitucional²⁴, assumindo, propositadamente, um enfoque restritivo, por evidente falta de fôlego para maiores incursões na dinâmica evolutiva da *legitimação* para o campo da *legitimidade*, em face das exigências acadêmicas.

que a Europa necessita de uma Constituição? In: **A Era das Transições**, tradução de Flávio Beno Siebenneichler. Rio de Janeiro: 2003, p. 123.

²³ MÜLLER, F. *Legitimidade como conflito concreto do direito positivo*. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**, n. 9. Belo Horizonte: ALMG, jul/dez.1999, p. 25-26.

²⁴ V. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 205 e seguintes.

O apropriado delineamento do objeto pedia, antes de tudo, discernimento quanto a conceitos-chave. Impôs-se-nos a tarefa de expor, de forma discursiva adequada, os elementos constitutivos das expressões que anunciam o labor dissertativo -- “*controle de constitucionalidade*”, e “*legitimação*” – a as relações entre esses termos.

A fixação do objeto de estudo foi essencial, para que pudéssemos levar a bom termo a pesquisa, com o lógico desenvolvimento argumentativo.

As indagações básicas e, para as quais era fito da dissertação dar resposta a contento, podem assim ser resumidas:

a) o que se deve entender por *Constituição*, por formalidade constitucional e controle de constitucionalidade?

b) o que se deve entender por legitimação? que razões há para se falar em legitimação do controle judicial de constitucionalidade?

c) à luz da Teoria da Constituição discursiva, haveria bases de explicação dos expedientes de controle judicial de constitucionalidade?

Como tivemos oportunidade de assinalar anteriormente, o escopo da dissertação foi revisitar criticamente, à luz de uma Teoria da Constituição discursiva, que tem uma melhor expressão na atual teoria da interpretação constitucional, os fundamentos da experiência de controle de constitucionalidade, para que pudéssemos responder, adequadamente, às questões em apreço. Sem a pretensão de ser descomunal como o Colosso de Rodhes, a obra se mirou, metaforicamente, na lendária figura da estátua erguida na entrada daquele porto da Ásia Menor: um pé fincado no direito constitucional jurisprudencial e outro na teoria do agir comunicativo, como que a estabelecer um liame entre ambos.

Não negamos uma abertura, também, à investigação e consideração de certos elementos da jurisprudência sociológica ou do realismo jurídico norte-americano. Quanto àquela, entendemos que as conseqüências da aplicação da lei, conforme uma determinada interpretação, uma vez sopesadas, se não necessariamente presidem a opção do juiz, pelo menos o influenciam e condicionam sua decisão em termos lógicos e axiológicos. Quanto à segunda escola, ainda que se minimizem os aspectos psicológicos (porém não de todo descartáveis)²⁵, é ela ponto de referência por relativizar o *Diktat* das normas

²⁵ Na decisão da Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S 483 (1954), o

aplicadas pela autoridade dos ditames jurisprudenciais; nessa corrente há uma clara percepção de mutabilidades constitucionais, não por reforma ou revisão de um poder constituinte derivado, mas pela voz dos tribunais, a indicar, a *Aufhebung* (superação) de entendimentos cristalizados.

Nesse sentido, a prevalência de determinada orientação jurisprudencial, fim irrecusável da ação estatal em seu propósito de conferir estabilidade à sociedade, por vezes, esvai-se, perde força normativa e cede passo a nova orientação com a mesma pretensão de eficácia perene.

Tivemos em mente as considerações de Kuhn e Popper a propósito, da mutabilidade dos paradigmas²⁶, reflexões condensadas na feliz síntese de Carvalho Netto:

“O resultado alcançado pela Ciência, portanto, não pode mais ser apresentado como expressão da verdade absoluta. As proposições iniciais em toda a Ciência, ou seja, as verdades iniciais de todas as Ciências são verdades convencionais. O que não equivale, de forma alguma, a dizer que sejam gratuitas ou caprichosas, estabelecidas ao acaso, mas apenas que enquanto pontos de partida, suas formulações são, por um lado, necessárias e imprescindíveis, por outro lado, contudo, exatamente por serem iniciais, não podem, obviamente, encontrar fundamento tão rigoroso quanto o das proposições delas derivadas mediante procedimentos e regras lógicas estabelecidas e aceitas como válidas por aquele determinado discurso científico. E aqui retomamos a dimensão da praxis, que, como vimos, informa e conforma necessariamente o agir e o pensar do homem historicamente considerado, porque o momento de fixação dos postulados iniciais de determinada teoria científica vincula-se, necessária e diretamente, ao contexto de sua descoberta, ao momento histórico, o que torna a verdade que alcança uma verdade datada, histórica, cultural e relativa.”²⁷

Chief Justice Earl Warren, relator, mostrou-se sensível e manifestou no acórdão aquiescência aos argumentos de natureza psicológica levantados pelo advogado novaiorquino Thurgood Marshall, patrono da causa daquelas crianças negras da referida comunidade do Kansas. Posteriormente, o próprio Marshall seria nomeado *Associated Justice* da Suprema Corte – o primeiro magistrado afro-americano desse tribunal –, pelo Presidente Lyndon Johnson.

²⁶ KUHN, S. Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1978. POPPER, Karl. **La Logica de la Investigacion Científica**. Madrid: Tecnos, 1973.

²⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 215.

Da mesma forma, foi referência para o estudo o posicionamento de um autor que se reputa fundamental na apreciação do tema: Hans Kelsen. Afinal, coube ao renomado jurista austríaco, por sua influência no processo constituinte da Áustria (1920), após a derrocada do Império Austro-Húngaro, por sua atuação como juiz constitucional e por seu notável empreendimento doutrinário²⁸, edificar o modelo de *fiscalização jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional*²⁹.

Mas Kelsen, neste tópico particular de explanação das balizas metodológicas, avultou muito mais por suas contribuições acerca dos limites da ciência jurídica na atividade de interpretação: “a interpretação jurídico-científica – afirma -- não pode fazer outra coisa senão estabelecer *as possíveis significações de uma norma jurídica*”³⁰.

Sob essa ótica, é razoável afirmar a existência, no campo da ciência jurídica, de limites gnoseológicos; de reticências quanto às possibilidades de determinação de um exato sentido (ou significação) do objeto (a norma jurídica).

Outro autor, Jürgen Habermas, em obra essencial para melhor descortino da questão diz, prefacialmente, ao iniciar a empreitada cognoscitiva do papel e legitimidade da jurisdição constitucional que “o que antigamente podia ser mantido coeso em conceitos de filosofia hegeliana, exige hoje um pluralismo de procedimentos metodológicos que inclui perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade”³¹.

²⁸ KELSEN, H. *El control de la constitucionalidad de las leyes: Estudio comparado de las constituciones austriaca y norte-americana*. In: **Ius et Veritas**, n° 6. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 81-90.

²⁹ MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**, tomo II. Coimbra: Coimbra Editores, 1996, p. 381.

³⁰ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 395 (itálico nosso). V. também, do mesmo autor, *Sobre a Teoria da Interpretação*. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**, n. 5. Belo Horizonte: ALMG, jan/jun. 1997, p. 31 e seguintes.

³¹ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 9. Na mesma linha, sustenta Hesse: “a íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade. Para que as suas proposições tenham consistência em face da realidade, ele não deve contentar-se com uma complementação superficial do ‘pensamento jurídico rigoroso’ através da adoção de uma perspectiva histórica, social, econômica, ou de outra índole. Devem ser examinados todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante no funcionamento da vida do Estado. Por isso, o Direito Constitucional depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia” (HESSE, K. *op. cit.*, p. 26).

Creemos que o exigível “pluralismo de procedimentos metodológicos”, a que se reporta Habermas, pode ser apontado como a “metodologia” mais adequada ao marco teórico discursivo escolhido, aquela que mais se ajusta ao objetivo de estabelecer *as possíveis significações* da legitimação do controle de constitucionalidade.

Não se cuida aqui de um mero arranjo assistemático de escolas, mas da compreensão de que se imprime à atualidade uma carga histórica envolta em largo manto de crenças, valores, técnicas e premissas “consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado do silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo”³².

A suturar esse manto amalgamado, advogamos – e nesse ponto afastamo-nos de uma certa opção positivista frente aos *hard cases* -- o recurso a uma vertente teórica da interpretação jurídica, que, superando a dicotomia doutrinária entre *interpretativismo* e *não-interpretativismo*, assenta a preocupação de que a decisão, em sede jurisdicional, com as condicionalidades de seu tempo, satisfaça “*simultaneamente* a critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional”³³. Desta forma, introduzimos um componente teórico, que tem em Ronald Dworkin um de seus expoentes.

Como sabemos, esse problema é central nos estudos sobre a aplicação do direito. A idéia de concomitância representa uma nova abordagem, com distanciamento de uma perspectiva que aponta, na hipótese de conflito “aparente” entre um direito “certo” e um direito “justo” para a necessidade de prevalência dos imperativos de segurança jurídica. Não é dado supor que possa haver segurança jurídica, se não impera entre os jurisdicionados a convicção da *justa* aplicação do direito. Pois, como informou Roscoe Pound, em sua introdução à obra de Haynes, “tem-se argumentado eloqüentemente que o fator que mais contribui para provocar a revolução é o sentimento de injustiça na massa do

³² CARVALHO NETTO, M. *Da Responsabilidade da Administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação por obras realizadas*. In: **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: OAB, v. 63, a. 26, jul/dez. 1996, p. 123-152.

³³ HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 252.

povo. O tipo de homens que ocupam a magistratura forçosamente tem muito a ver com a presença ou a ausência desse sentimento”³⁴.

³⁴ HAYNES, Evan. **The Selection and Tenure of Judges**. Newark: The National Conference of Judicial Councils, 1944.

CAPÍTULO I

CONSTITUIÇÃO, CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORMALIDADE CONSTITUCIONAL

Harold Laski, citado por Schwartz, sustentou, em obra referencial para os estudiosos do direito constitucional, que “não há comunidade moderna em que o respeito pelo princípio do controle judicial vá mais longe do que nos Estados Unidos, com o resultado de que a *aceitação da autoridade da Corte por todas as pessoas ou instituições interessadas é ponto pacífico*”¹. Nessa assertiva são enunciados os elementos centrais do presente estudo: legitimação e legitimidade do Poder Judiciário, quanto à apreciação do resultado da atividade legiferante de uma comunidade politicamente organizada e ordenada.

Se os aspectos relativos à legitimação trazem à tona o problema da *aceitação da autoridade* em uma conjuntura de incipiência da vida institucional e de instabilidade política, a categoria de legitimidade já leva em conta o exercício permanente dessa mesma autoridade, a conformar uma história de práticas constitucionais, com assentamento de posicionamentos e emergência de novas abordagens² sobre o princípio em exame -- sem, entretanto, negá-lo -- já em quadras posteriores em que se diagnosticam a consolidação das instituições e a estabilidade política .

¹ “*There is no modern community in which respect for the principal of judicial review goes deeper than it does in the United States, with the result that acceptance of the Court’s authority by all persons or institutions affected is taken for granted*”. Apud SCHWARTZ, Bernard. **American Constitutional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1955, p. 145.

² Ou “novas perspectivas”, a tematizar práticas discursivas constitucionais com “subversão efetiva dos significados possíveis, originais e primeiros dos textos legais”. CARVALHO NETTO, Menelick. *op. cit.* p. 207.

Contudo, uma análise acurada da célebre decisão fundante desse princípio – *Marbury v. Madison* –, proferida pela Suprema Corte em 1803³, leva o estudioso a concluir pela existência de uma zona cinzenta naquele documento escrito, conhecido como Constituição dos Estados Unidos da América, quanto ao seu reconhecimento⁴. Em outras palavras, não há uma explicitação segura, no texto constitucional, quanto a uma prerrogativa do Poder Judiciário de objeção aos atos normativos e das ações de governo, numa ambiência de democracia representativa. A literalidade do documento concluído pelos Patriarcas da Pátria, os *Founding Fathers* ou *Framers*, na Convenção de Filadélfia, ocorrida no verão de 1787, tão-somente alarga o horizonte de dúvidas quanto à autorização constitucional ao emprego da técnica de *judicial review of legislation*. Ferreira Filho lembra que “o controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê expressamente. Todavia, pôde Marshall, em decisão célebre, *deduzir de seu sistema* esse controle e *reconhecer pertencer ele ao Judiciário*, incumbido de aplicar a lei contenciosamente”.⁵

Como introdução ao estudo desse problema, com vista à compreensão da aplacação de um instituto que reivindica a defesa da Constituição, sem ter apoio em um texto escrito que se reveste da pretensão de ser ele mesmo a Constituição, convém situarmos a ambiência política em que isso veio a ocorrer.

Em dezembro de 1801, pouco antes de entrar em recesso, a Suprema Corte dos EUA notificou o Secretário de Estado, James Madison, para que contestasse uma ação que era movida em seu desfavor. Com apoio na Seção (§) 13 do *Judiciary Act*, de 1789, William Marbury, (seguido por Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper) impetrou, perante aquele tribunal,

³ A ação judicial teve seu início em dezembro de 1801, mas devido a edição de lei a colocar a Suprema Corte em recesso de junho a dezembro de 1802, a matéria só veio a ser apreciada em fevereiro de 1803.

⁴ Um roteiro de estudo dessa decisão da Suprema Corte para os neófitos no direito constitucional norte-americano pode ser encontrado em MAY, Christopher N. e IDES, Allan. **Constitutional Law. National Power and Federalism: examples and explanations**. New York, Aspen Law and Business, 1998, p. 10-18. O acesso a análise mais profunda pode ser buscado em BEVERIDGE, Albert. **The Life of John Marshall**, vol. III. Boston: Houghton Mifflin, 1919, p 50-158.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 31, destaques nossos. Da mesma forma, Rui BARBOSA, em sua obra clássica **Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal** (Rio de Janeiro: Imprensa, 1893, p. 52), que relata a observação de James Bryce quanto a inexistência de uma palavra sequer, na Constituição dos EUA, acerca do *judicial review*.

como instância originária, *mandamus*⁶ para que se compelissem o então e recalcitrante Secretário de Estado a dar-lhe posse como juiz de paz do Distrito de Colúmbia, indicado que fora, em 3 de março daquele mesmo ano (ainda na administração anterior, do Presidente John Adams), para exercer o cargo, por um período de cinco anos, consoante uma lei federal: o *Organic Act of the District of Columbia*, de 27 de fevereiro de 1801.

Dizia aquele referido dispositivo legal possuir a Suprema Corte “o poder para emitir *writs of mandamus* para qualquer pessoa no exercício de função, sob a autoridade dos Estados Unidos”⁷.

O *Judiciary Act*, porém, não deixava claro, se a competência da Suprema Corte, no caso de *mandamus*, seria originária ou recursal. Esse diploma assentava -- sem especificar que tipos de ações -- que o tribunal “também teria jurisdição *recursal* dos tribunais regionais federais e dos tribunais dos vários Estados”⁸.

Houvesse a Corte de Marshall, desde logo, desconhecido o *mandamus*, ao entendimento de só ter jurisdição sobre a matéria em nível recursal, não teria existido oportunidade para declarar o § 13 do *Judiciary Act* inconstitucional. Paradoxalmente, dele conheceu, para, em seguida, negar a tutela postulada não pela inexistência de direito subjetivo do impetrante, com base no *Organic Act of the District of Columbia* (aliás, Marshall, em evidente pré-julgamento e em inversão da seqüência de uma manifestação judicial decisional, reconhece, em longa digressão, a licitude da reivindicação de Marbury)⁹, mas ao fundamento de que a Corte só poderia apreciar o mérito da questão em sede recursal, já que, entretantes, o mesmo § 13, seria inconstitucional.

⁶ Do latim , “nós comandamos”, ordem emitida por uma corte superior para obrigar uma corte inferior ou agente governamental a cumprir uma determinação ou, puramente levar a efeito deveres ministeriais corretamente, cf. verbete de BLACK, Henry Campbell. **BLACK’S Law Dictionary**. Dallas: West, 1996, p. 401, tradução nossa.

⁷ *The power to issue writs of mandamus to any persons holding office, under the authority of the United States --§ 13, Judiciary Act*. Para melhor exame do texto do *Judiciary Act* (1789), consultar <http://usinfo.state.gov/usa>, disponível na Internet. Acesso em 17.02.2003.

⁸ “...the Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states” -- § 25, *Judiciary Act*.

⁹ “To withhold his commission, therefore, is an act deemed by the court not warranted by law, but violative of a vested legal right”. MARSHALL, John. **The Writings of John Marshall – Late Chief Justice of the United States, Upon the Federal Constitution**. Boston: J. Munroe, 1839, pp 10-11.

Para que melhor possam ser compreendidas as motivações e decisão da Suprema Corte, a ponto de, nesse caso, subverter o procedimento lógico do exercício da função jurisdicional, urge considerar a advertência de Canotilho (1998): “saber *história* é um pressuposto ineliminável do *saber constitucional*”.¹⁰

Em 1798, durante o governo de John Adams, sucessor e correligionário do primeiro Presidente dos Estados Unidos da América -- o federalista George Washington -- fora adotado o *Sedition Act*. Temerosos de que a Revolução Francesa pudesse contaminar o ambiente político norte-americano, as autoridades federais houveram por bem adotar a lei acima mencionada, que tipificava como crime “escrever, imprimir, divulgar ou publicar qualquer escrito falso, escandaloso ou malicioso contra o Governo dos Estados Unidos, qualquer das casas do Congresso ou o Presidente, com o intuito de levá-los à desgraça ou perda de reputação”¹¹. Sob a Administração Adams, vinte e cinco oponentes dos federalistas -- a maioria deles membros do Partido Republicano, incluído um congressista -- foram presos. Reagindo a isso, os republicanos buscaram, debalde, perante a Suprema Corte, controlada pelos federalistas, a declaração de inconstitucionalidade do *Sedition Act*¹².

Em face da eleição, no final de 1800, do republicano Thomas Jefferson para o Executivo federal¹³, e, concomitantemente, do controle da Câmara dos Representantes (e a partir de 1802, também do Senado) por seus partidários, os oponentes federalistas, em seus últimos dias de governo, envidaram esforços para manter sua posições de controle no âmbito do Poder Judiciário: persuadiram o muito adoentado *Chief Justice* Oliver Ellsworth a antecipar sua

¹⁰ CANOTILHO, J.J.G. *op. cit.*, p. 15.

¹¹ Sobre as relações entre a França e os Estados Unidos, desde a Guerra de Independência até a edição da Lei de Sedição, v. MORISON, Samuel Eliot. **The Oxford History of the American People**. New York: Oxford University Press, 1965, pp. 154-296. NEVINS, Allan e COMMAGER, Henry Steele: **Breve História dos EUA**, trad. Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1986, pp. 97-174. ALLEN, H. C., *op. cit.*, p 37 e 40-66. APTHEKER, Herbert. **Uma Nova História dos EUA: a Revolução Americana**, trad. Fernando Autran. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969, p. 173.

¹² Anteriormente, os republicanos já haviam tentado, sem sucesso, obter da Suprema Corte um pronunciamento de inconstitucionalidade a lei federal de natureza tributária (*carriage tax*) – *Hylton vs. United States*, 1796. Observe-se, ademais, que à época da edição do *Sedition Act* já vigorava a Emenda I, que vedava ao Congresso a edição de lei que restringisse a liberdade de palavra ou de imprensa. V. SAVELLE, Max. **Historia de la Civilizacion Norteamericana**. Madrid: Gredos, 1962, p. 171.

¹³ Para que melhor possa ser avaliada a conflituosidade reinante, vale recordar que a eleição de Thomas Jefferson só se efetivou após 36 votações na Câmara dos Deputados. V. MORISON, S.E. *op. cit.*, p. 356.

aposentadoria, substituindo-o por John Marshall, Secretário de Estado de John Adams; em 13 de fevereiro de 1801 adotaram o *Circuit Court Act*, pelo qual foram criados dezesseis novos tribunais regionais federais¹⁴ e reduzido o número de juízes da Suprema Corte, de seis para cinco; e, finalmente, em 27 de fevereiro de 1801, editaram o *Organic Act of the District of Columbia*, pelo qual se facultava ao Presidente dos Estados Unidos indicar e nomear, após aprovação senatorial, quantos juízes de paz para o Distrito de Columbia julgasse necessários. Adams considerou quarenta e dois o número apropriado. Dentre os nomes submetidos e aprovados pelo Senado estavam os de Marbury, Ramsay, Townsend Hoee e Harper.

Os republicanos ressentiam-se da confirmação do *Sedition Act* pela Suprema Corte. Imediatamente após a posse de Jefferson levaram a efeito medidas que May e Ides, repetindo Beveridge, chamaram de “o assalto republicano ao Judiciário”¹⁵: suspensão, imediatamente após a inauguração da nova administração, de dezessete das quarenta e duas indicações de juízes de paz (dentre as indicações suspensas, havia a de William Marbury e as dos demais impetrantes); aprovação, em abril de 1802, de uma lei, pela qual a Suprema Corte seria, como de fato foi, posta em recesso, entre junho e dezembro de 1802, quiçá como medida preventiva para que o tribunal não viesse a manifestar-se sobre uma outra decisão anteriormente tomada: a adoção, em 3 de março de 1802, do *Repeal Act*, através do qual se revogou o *Circuit Court Act*, de 13 de fevereiro 1801¹⁶.

Com a edição do *Repeal Act*, restaurou-se o número de seis juízes na composição da Suprema Corte e aboliram-se os dezesseis tribunais regionais federais criados. Os magistrados que já exerciam suas funções jurisdicionais nessas cortes, havia um ano, foram exonerados.

Durante as discussões do projeto que resultou nessa lei, os federalistas, agora na oposição, ponderaram que, não obstante o artigo III, § 1, da Constituição autorizasse o Congresso a “periodicamente criar e estabelecer” tribunais

¹⁴ Essa lei ficou conhecida por *Midnight Judges Act*, ou Lei dos Juízes da Madrugada. Adams indicou e o Senado aprovou os nomes dos juízes para os cargos disponíveis nesses dezesseis tribunais nas últimas quarenta e oito horas de seu governo. V. BITAR, O. *op.cit.*, p. 527.

¹⁵ MAY, C. N e IDES, A. *op. cit.*, p. 8. BEVERIDGE, A. *op.cit.*, vol. III, p. 50.

¹⁶ BEVERIDGE, A. *op.cit.*, vol. III, p. 95.

inferiores, impedia, uma vez extintos esses mesmos tribunais por lei posterior, a destituição dos juízes investidos em seus cargos.

Os republicanos contraditaram, em explícito desafio ao Judiciário, argumentando que os tribunais federais não teriam autoridade para derrubar um ato do Congresso, ainda que eles próprios tivessem buscado a tutela da Suprema Corte, em oportunidades anteriores (1796 e 1798) para invalidar duas leis federais. Os jeffersonianos chegaram a ameaçar os juízes da Suprema Corte: caso os magistrados objetassem as ações congressuais e do Executivo seriam considerados como incidentes em mau comportamento e, destarte, sujeitos a processo de *impeachment*, nos termos do mesmo art. III, § 1, da Constituição dos EUA.

O Senador Albert Beveridge, biógrafo de John Marshall, sustenta que o *Chief Justice* considerava necessário por termo à reinante conflitividade entre Legislativo e Executivo, de um lado, e o Judiciário, de outro¹⁷. Essa anotação pode sugerir que Marshall formava um juízo circunstancial, oportunista, sobre o papel constitucional da Suprema Corte na sociedade norte-americana. Mas o mesmo autor lembra que, durante os trabalhos convencionais de Filadélfia, quando da discussão a respeito da criação de uma Suprema Corte, ele assim teria respondido a uma indagação de Mason sobre os poderes da corte:

“Se os congressistas fizessem uma lei não assegurada por nenhum dos poderes enumerados, ela deveria ser considerada pelos juízes nacionais como infringente da Constituição, da qual eles são guardiões. Eles não considerariam tal lei no exercício da jurisdição. Eles a declarariam nula...A quem Vossa Senhoria se reportaria em busca de proteção por uma violação da Constituição, se Vossa Senhoria não der o poder ao Judiciário? Não há nenhum outro corpo que possa prover tal proteção.”¹⁸

Em face dos últimos acontecimentos, parece que Marshall aguardara a sua provocação por algum dos juízes destituídos, em decorrência da aplicação do *Repeal Act* – o que acabou por não ocorrer –, para que se instalasse a oportunidade de afirmação da autoridade do tribunal para rever os atos do Congresso¹⁹.

¹⁷ BEVERIDGE, A., *op.cit.*, vol. III, p. 16, p. 104 e seguintes.

¹⁸ *Idem, ibidem*, vol. I, p. 452.

¹⁹ Em verdade, os juízes depostos, ao invés de buscar diretamente tutela jurisdicional, dirigiram um memorial ao Congresso, alegando que seus direitos constitucionais, como magistrados, haviam sido violados e, em consequência, pediam uma compensação. Aduziram, ainda que, na medida em que a questão envolvia interesses pessoais, o Congresso deveria submeter o caso ao Poder Judiciário, o que acabou não ocorrendo, por decisão denegatória da Câmara dos Deputados, em 27 de janeiro

Não se configurando a provocação, a ocasião propícia surgiria no exame do *mandamus* impetrado, primeiramente, por Marbury contra Madison.

Apresentava-se, desde logo, como tormentosa a questão da jurisdição da Suprema Corte, como instância originária, para exame do *mandamus* em tela. Esse problema, entretanto, veio a converter-se exatamente na “tábua de naufrago”, em vista do provável objetivo visado pelo *Chief Justice*.

Como a matéria envolvia a consideração e aplicação de uma lei federal – o *Organic Act of the District of Columbia* – contra autoridade federal, parecia posta fora de dúvida a questão prefacial de conflito de competência entre tribunais estaduais e federais, ainda que, consoante a seção 25 do *Judiciary Act*, de 1789, aqueles pudessem também decidir casos com base em lei federal, com recurso para a Suprema Corte. Porém, ainda que tendo o processo, *in casu*, seu curso perante a Justiça Federal, remanesca, todavia, o impasse quanto a ser a Suprema Corte, órgão da Justiça Federal, instância originária ou revisional do *writ of mandamus* em causa.

O conhecimento do *mandamus* foi uma decisão heterodoxa, mas compreensível ante os fins colimados por Marshall.

De fato, a Constituição dos EUA dispunha segmentadamente sobre as competências da Suprema Corte. De acordo com o art. III, § 2, seria da alçada originária da Suprema Corte tão-somente os contenciosos envolvendo “embaixadores, *ministros públicos* e cônsules²⁰ e naqueles em que um Estado for parte”. Em todos os demais casos, a competência do pretório seria recursal.

A primeira dúvida que veio à baila consistia em, reconhecendo-se tratar-se de um *mandamus* em desfavor do Secretário de Estado, estabelecer-se se essa autoridade poderia ou não ser considerada um “ministro público” para os fins de reconhecimento da jurisdição originária da Suprema Corte.

Os *Justices*, como consta do acórdão, estavam convencidos da ilegalidade da omissão de Jefferson e Madison e, ainda, de que as leis dos EUA propor-

de 1803. V., a propósito, Charles A. Beard. **A Suprema Corte e a Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 74.

²⁰ *In all the cases affecting Ambassadors, public Ministers and Consuls...* – **Article III, Section 2, USA Constitution** ” (destaque nosso).

cionavam ao jurisdicionado lesado por tal conduta de um agente público o adequado meio a remediar a inobservância de seu direito²¹.

Se se reconhecesse a competência originária da Suprema Corte, nesse caso, por ser o impetrado um “ministro público” e, em seguida, se admitisse pertinência do *mandamus*, por violação do direito do impetrante a ser investido nas funções de juiz de paz, corolário lógico seria a instauração de um conflito aberto com o Executivo, já que, como acentuado anteriormente, a Corte, uníssona, estava convencida da violação, na espécie, de um direito líquido e certo²² inerente ao impetrante. As conseqüências de uma opção nesse sentido poderiam ser as mais nefastas para os membros da Suprema Corte, ante o acirramento de ânimos nos demais ramos do Poder²³.

Marshall – provavelmente antevendo os desdobramentos de tal entendimento – *interpretou restritivamente* a expressão “ministros públicos”, insere no texto constitucional, como referente a representantes de governos estrangeiros.²⁴

Todavia, a dúvida não seria ainda dada por totalmente dissipada. É que a parte final do Art. III, § 2, cláusula 2, da Constituição dos Estados Unidos da América, após o arrolamento, em *numerus clausus*, das hipóteses de exercício de jurisdição originária pela Suprema Corte, com referência posterior à

²¹ “...an act deemed by the court not warranted by the law, but violative of a vested legal right...; the laws of his country afford him a remedy”. MARSHALL, J. *op. cit.*, pp. 10-11.

²² *Marbury vs. Madison*, (1803) 5 U.S. (1 Cranch) at 162. . US Supreme Court. Court Opinions. Legal Information Institute. <www.law.cornell.edu>. Acesso em 14 jan. 2003.

²³ A vulnerabilidade da posição do Poder Judiciário no jogo político já fora consignada por Alexander Hamilton nos *Artigos Federalistas*: “Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos são regulados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos”. HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **Os Artigos Federalistas: 1787-1788**, trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p.479.

²⁴ *Marbury v. Madison*, (1803) 5 U.S. (1 Cranch) at 173-175. US Supreme Court. Court Opinions. Legal Information Institute. <www.law.cornell.edu>. Acesso em 14 jan. 2003.

competência residual recursal, dizia que exceções poderiam ser estabelecidas pelo Congresso²⁵.

Essa formulação poderia ser interpretada como dando a entender ser possível o deslocamento de casos do campo das competências recursais para o das competências originárias da Suprema Corte, desde que houvesse manifestação volitiva congressual nesse sentido, no plano infraconstitucional. Novamente, dado o *dictum* da Corte, (assentado na parte inicial da decisão) contra a omissão de Madison, se prevalecente essa *significação da norma*, fatalmente ter-se-ia como desdobramento a instauração do processo de *impeachment* contra John Marshall e os demais *Justices* que viessem a endossar posição da relatoria (*opinion*) nessa linha de raciocínio.

Ao invés disso, o *Chief Justice* sustentou que a cláusula de exceção apenas permitia que o Congresso retirasse matérias da jurisdição revisional da Suprema Corte, sem autorizar, porém, que se deslocasse qualquer uma daquelas só em sede recursal apreciáveis pelo tribunal supremo, para o âmbito de sua competência originária²⁶.

Firmadas essas premissas, cumpria reconhecer que o *Judiciary Act*, por seu § 13, teria levado a efeito exatamente tal deslocamento, e que, desta feita, deparava-se a Corte com uma antinomia. A maneira encontrada para que de tal contradição normativa não resultasse uma aporia normativa foi a de identificar ali uma “incompatibilidade vertical”²⁷ do § 13 do *Judiciary Act* com a norma constitucional resultante de uma precária – ou pouco nítida – articulação da estrutura tripartite do governo federal com os artigos III e VI da Constituição dos EUA e, optando-se pela prevalência de uma norma sistêmica, resultante da conjugação, declarar nula e sem efeito (*null and void*) a disposição do § 13 do *Judiciary Act*²⁸.

²⁵ “*In all the other Cases...the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make*”- Article III, § 2, cl. 2, USA Constitution (destaque no nosso).

²⁶ *Marbury v. Madison* (1803) 5 U.S (1 Cranch) at 174. . US Supreme Court. Court Opinions. Legal Information Institute. <www.law.cornell.edu>. Acesso em 14 jan. 2003.

²⁷ v. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 217.

²⁸ *Marbury v. Madison* (1803) – 5 US (1 Cranch) at 176-178. . US Supreme Court. Court Opinions. Legal Information Institute. <www.law.cornell.edu>. Acesso em 14 jan. 2003.

O primeiro argumento de Marshall para sustentar a procedência do *judicial review* baseava-se na estrutura de tripartição de governo. Para aquele magistrado, se não houvesse uma norma determinante da revisão judicial, em decorrência da sistemática de compartilhamento do poder político, o Congresso poderia a seu bel-prazer ignorar os limites que a Constituição lhe impunha, dando à legislatura uma onipotência prática e real²⁹.

Mas, se a técnica de moderação da ação política podia ser suscitada para inibir a ação legiferante, da mesma forma poderia sê-lo para o exercício da função jurisdicional. Não seria absurdo o argumento de que o modelo de equipotência de poderes não teria o condão de alçar o Judiciário a um papel constitucional de polícia dos demais poderes. Nesse contexto, não poderia a legislatura, invocando a norma de reciprocidade nas limitações, aprovar uma lei revocatória de decisão judicial, ao argumento de que a Corte teria excedido em sua autoridade constitucional ao invalidar um ato da legislatura?

Além desse argumento que não se oferecia de todo convincente, Marshall aduzia, em favor da revisão judicial, a existência de provisões constitucionais dirigidas especialmente às cortes. Ilustrava o argumento com a referência ao Art. III, § 3, no qual se dizia que uma pessoa somente poderia ser condenada por traição, “mediante o depoimento de duas testemunhas a respeito desse ato notório, ou sua confissão em sessão pública do tribunal”. E perguntava: “se a legislatura altera essa regra, se declarar que uma testemunha basta, ou que é aceitável a confissão fora de juízo para incriminar um cidadão de traição, deve o princípio constitucional submeter-se ao legislativo?”³⁰. A lei em questão, em *Marbury v. Madison*, era de natureza orgânico-processual e deveria ser cotejada com as competências originárias da Suprema Corte, inscritas no art. III, § 2, cláusula 2, da Constituição. Neste caso, poderia a magistratura, à luz das provisões constitucionais que lhes eram dirigidas, também responder negativamente quanto à sua validade, já que o *Judiciary Act* ampliava competências da Suprema Corte, não autorizadas pelo texto constitucional. Contudo, havia um esforço indutivo do juízo, na decisão em *Marbury v. Madison*, baseado na premissa de que se o Judiciário poderia e deveria repelir tal ato legislativo, poderia repelir -- e deveria -- qualquer outro, como, v.g., as leis que

²⁹ *Marbury v. Madison* (1803) – 5 US (1 Cranch), 178. . *US Supreme Court. Court Opinions. Legal Information Institute.* <www.law.cornell.edu>. Acesso em 14 jan. 2003.

³⁰ *Marbury v. Madison* (1803) – 5 US (1 Cranch), at 179. . *US Supreme Court. Court Opinions. Legal Information Institute.* <www.law.cornell.edu>. Acesso em 14 jan. 2003.

violassem as regras constitucionais do comércio interestadual ou as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Marshall lembrava, ainda que o artigo VI, cláusula 3, impunha aos juízes a obrigação, mediante juramento, de defender a Constituição. Se os juízes concedessem em aplicar uma lei incompatível com a Constituição, estariam desonrando esse juramento.

Sucede, porém, que o mesmo dispositivo impunha também igual juramento como obrigação aos deputados e senadores e aos membros do Poder Executivo. Não se poderia objetar que os membros do Congresso ao aprovarem determinado projeto de lei e que o Presidente ao sancioná-lo, estivessem, de plano, imbuídos do intento de solapar o texto constitucional que juraram observar na assunção de seus mandatos.

Finalmente, Marshall destacava que o artigo VI, cláusula 2, determinava que os juízes estaduais se sujeitassem àquilo que a Constituição chamava de a “Suprema Lei do País” (*Supreme Law of the Land*), qual seja, de acordo com esse dispositivo, “esta Constituição, as leis dos Estados Unidos **ditadas em virtude dela** (“*this Constitution and the Laws of the United States, which shall be made in Pursuance thereof...*”), e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos...”. Considerado o escopo de centralização normativa da Convenção, para Marshall, os patriarcas, presumivelmente, não teriam tido a intenção de dar a última palavra em questões de validade de leis federais aos juízes estaduais; teriam confiado na competência recursal da Suprema Corte para rever decisões judiciais no âmbito dos Estados, concernentes à constitucionalidade ou não de leis federais. Esse raciocínio, contudo, pressupunha que o procedimento de sindicabilidade sob exame de um juiz estadual, considerada a expressão “leis dos EUA *ditadas em virtude dela*”, dizia respeito a um autorizado controle material (substancial) da lei federal.

Essa linguagem, entretanto, poderia autorizar, outrossim, a interpretação de que se uma lei federal fosse editada em conformidade com as formalidades previstas no artigo I, ela deveria, apenas por isso, ser considerada como acoplável ao conceito de “Suprema Lei do País”. Em outras palavras, consoante essa segunda orientação, a revisão judicial limitar-se-ia ao controle formal da elaboração da lei.

Estabelecia-se, dessa maneira “sinuosa” e criticável, em contraposição à supremacia do Parlamento, a supremacia da Constituição por manifestação de um outro poder, o Judiciário, cuja autoridade para tanto decorreria, segundo Marshall, da própria Constituição, ainda que *prima facie* essa autoridade, como acabamos de anotar, não fosse facilmente legível no texto constitucional³¹.

No caso, propriamente, a conseqüência desse enunciado foi a recusa da Corte à concessão do *mandamus* postulado por Marbury, ao fundamento de falta de jurisdição (*lack of jurisdiction*) originária.

Importa observar que, à época, pouca reação houve à decisão da Suprema Corte de invalidar o § 13 do *Judiciary Act*. A própria Corte mergulhou em um profundo silêncio. Alan Westin, em sua introdução à **Suprema Corte e a Constituição**, de Charles A. Beard, assinala que:

“Desde o dia em anunciou a decisão do caso Marbury v. Madison a Corte adotou a estratégia do silêncio. Tirou da discussão, simplesmente, seu direito de julgar atos do Congresso, como se o país tivesse acolhido a tese de Marshall, com aplauso e submissão. Não houve explicação ou defesa, como se a Corte julgasse que qualquer discussão abalaria o edifício todo” (Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 17-18).

Ocorre, ainda, que os oponentes da Corte de Marshall, em que pesem seus ataques desfechados, naquela quadra, aos *Justices*, pouco criticaram a decisão do tribunal. É certo que as gratuitas referências de Marshall às condutas omissivas de Jefferson e Madison, tidas pela Suprema Corte como ilegais, foram duramente contestadas³². A decisão em si, contudo, comoção alguma provocou, embora não tenha passado despercebida para Jefferson.

Para compreendermos as motivações desse consentimento tácito, cumpre, num primeiro plano, observar: que a impugnação incidiu sobre uma lei que não fora editada no período em que os republicanos formavam a maioria congressual e ocupavam a chefia do Poder Executivo, mas sobre norma expedida por um Congresso de maioria federalista, sancionada por um Presidente federalista;

³¹ *“The Constitution is to be considered, in court, as a paramount law(...); it is the province and duty of the judicial department to say what the law is(...) “if a law be in opposition to the Constitution... the court must determine which of these conflicting rules governs the case; (...) an act of legislature, repugnant to the Constitution is void; (...) the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”* *Marbury vs. Madison*, (1803) 5 US (1 Cranch), at 177-178. . *US Supreme Court. Court Opinions. Legal Information Institute.* <www.law.cornell.edu>. Acesso em 14 jan. 2003.

³² v. MAY e IDES, *op. cit.*, p. 13.

que a decisão governamental de suspender a nomeação em questão para juiz de paz, na prática, prevalecera; e que, ao declarar a inconstitucionalidade de dispositivo que tratava de suas competências, a Suprema Corte, à primeira vista, teria restringido sua jurisdição originária, adotando, assim, um comportamento de auto-contenção (*self-restraint*).

Por último e nem por isso de somenos importância, não podemos olvidar que o impetrado, no caso *sub judice*, fora, na Filadélfia, em 1787, um dos convencionais que mais pugnara pelo controle do Judiciário sobre a legislação, ainda que preferisse a instituição de um Conselho de Revisão, por associação de juízes aos Executivos, à outorga aos magistrados da Suprema Corte do direito de julgar a constitucionalidade dos atos do Congresso³³. Ademais, o Presidente Thomas Jefferson -- a quem Madison auxiliava e sucederia na Presidência --, quando Secretário de Estado de George Washington propusera -- e o tribunal recusara -- que a Suprema Corte interpretasse, em tese, tratados e leis dos EUA, em face de questões do direito internacional, decorrentes das guerras da Revolução Francesa. Antes disso, considerara uma lei aprovada pela Assembleia Legislativa da Virgínia incompatível com a Constituição daquele Estado³⁴.

Todavia, esse “pano-de-fundo naturalizado do silêncio”, levando à ilusão de que a nação norte-americana acolhera a tese de Marshall com “aplausos e submissão”, se, de uma parte, foi propício ao assentamento discreto de um precedente -- como que a evitar o ambiente revolto das polêmicas jurídicas -- de outra, longe ficava de significar, naquele momento, no dizer de Laski, o “ponto pacífico da aceitação da autoridade da Corte por todas as pessoas ou instituições interessadas”.

Tornou-se, porém, um precedente e isso, na *praxis* judicial norte-americana é relevante³⁵ como procedimento de legitimação. A esse respeito, assim se manifestou Beard:

³³ BEARD, C. A. *op. cit.*, p. 63-64.

³⁴ CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 166.

³⁵ “The common law method (...) has extraordinarily deep roots in Anglo-American legal thought.” DORF, Michael C. *Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*. **Havard Law Review**. Cambridge, vol. 112:4, 1998, p. 14.

“Não escapou a alguns observadores argutos que a lei declarada inconstitucional por Marshall, no caso Marbury v. Madison, fazia parte do Ato Judicial de 1789, elaborado e promulgado por homens que haviam participado da Convenção. A análise da decisão mostra, entretanto, que a seção condenada fora, na melhor das hipóteses, mal formulada, e não estava diretamente em conflito com a Constituição. Se Marshall quisesse, poderia ter interpretado a letra do Ato de modo a não precisar declará-lo inconstitucional. The Nation, vol. LXVII, página 104. Mas a oportunidade de afirmar a doutrina era boa demais para ser perdida, e Marshall bastante astuto para aproveitar-se dela. Tendo em vista o recente sucesso Jeffersoniano, talvez tenha sentido a necessidade de afirmar sem reboços o grande precedente.”³⁶

Mas, de onde teria emanado essa autoridade do precedente judicial entre os norte-americanos?

Quando falamos em precedentes, devemos destacar os elementos constitutivos de um direito, de um lado, alicerçado nas técnicas decisórias judiciais de remissão por identidade plena ou por analogia a casos anteriores submetidos à consideração da magistratura (*common law*), ou, de outro, calçado em processos nos quais a autoridade do intérprete não se afirma pela habilidade de apurar a igualdade jurídica, na essência, entre o caso a regular e o caso regulado, vez que a comparação se faz inviável pela impossibilidade de identificação, ou resgate de registros do caso matricial (*equity*). Ante tal lacuna, outras acabam sendo, nessas circunstâncias, as fontes de justificação da decisão.

De toda sorte, qualquer dessas vertentes indica uma menor significância da influência do Direito Romano, um direito, desde a *Lex Duodecim Tabularum*, de 450 A.C, essencialmente escrito³⁷, com escopo de uniformização, racionalização, generalização e abstração, de maneira a requerer, no exame do caso concreto, uma metódica dedutiva, por excelência.

Quer tratemos do precedente judicial pelo ângulo da *common law*, quer pelo ângulo da *equity*, devemos considerar que autores assinalam a existência de um campo compartilhado, respeitante às fontes desses dois ramos do direito caracterizados pela primazia de determinação dos processos decisórios

³⁶ BEARD, Charles A. *op. cit.*, p. 112 (destaques nossos). V. também BEVERIDGE, A., *op. cit.*, vol. III, p. 147 e seguintes.

³⁷ V. NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de História do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 46.

judiciais sobre os estatutos do direito material (*judge-made-law* ou *bench-made-law*)³⁸.

Essas fontes primeiras -- que não deixam de recolher “a prática imemorial de certos fatos ou o exercício tradicional de certas faculdades”³⁹ --, segundo Burke (citado por Berman, 1963), teriam, em todos os países europeus, a mesma origem: a reformulação sistêmica e copilação de costumes franco-germânicos à luz do Direito Romano, da Filosofia Grega e da Ética Hebraica Cristã, reforma essa levada a efeito, desde o final do século XI, nos mosteiros, nas universidades, nas ordens eclesiásticas e nas famílias reais da cristandade da Europa Ocidental⁴⁰.

Ainda que possamos nele reconhecer alguma projeção de reminiscências do direito estatutário, o direito do precedente judicial, ao contrário do Direito Romano, partia das situações específicas para as formulações genéricas (método indutivo), o que se explica por ter encontrado solo fértil na sociedade feudal política e juridicamente fragmentária.

Essa segmentação do *judge-made-law* – *common law/equity* – que, consoante estudiosos, acabaria por ser superada mediante uma fusão de sistemas, no século XIX, com as edições de leis conhecidas como *Judicature Acts*, de 1873 e 1875, expressa um movimento contraditório, de articulação e tensão, fruto da complexidade político-jurídica reinante na Inglaterra, desde a conquista normanda (1066)⁴¹.

Nos feudos ingleses observava-se a prática do direito consuetudinário, tanto nas cortes para a nobreza, como para os serviçais. Os pretórios, via de regra compostos por *juries* para exame das questões de fato, exerciam a jurisdição sob padrões rígidos, considerando julgados precedentes sob balizas

³⁸ Para maior reflexão sobre este tema, ver DAVID, René. **Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporâneos (Derecho Comparado)**, trad. Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguillar, 1969, p. 16.

³⁹ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.68.

⁴⁰ Sobre o tema, v. BERMAN, Harold. J. *et alli*. **Aspectos do Direito Americano**, tradução de Janine Yvonne Ramos Pires e Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 12; GILSON, Etienne. **A Filosofia na Idade Média**, tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. MARSH, S.B e SOULSBY, J. **Outlines of English Law**. London: Mc Graw-Hill, 1982, p. 3. NASCIMENTO, entretantes, assinala que de 1151 aos fins do século XIII, o ensino do Direito Romano foi abolido nas universidades da Inglaterra (*op. cit.*, p. 148).

⁴¹ V. SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**, trad. Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001, p. 23. SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law. Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

bastante limitadas, em que os rigores formais resultavam, sobremaneira, no não-conhecimento do mérito das matérias submetidas a sua consideração.

O suserano (*landlord*) exercia a jurisdição em relação às questões relevantes envolvendo a posse de terras, enquanto seus vassallos – por sua vez senhorios em relação a seus servos – ditavam o direito em face de contendas de menor repercussão.

Analisando as relações jurídicas de vassalagem, Dobb destaca que a servidão feudal era “uma obrigação imposta ao produtor pela força e independentemente de sua própria vontade”, para a satisfação de “certas exigências econômicas de um senhor, quer tais exigências tomem a forma de serviços a prestar, ou taxas a pagar em dinheiro ou artigos, em trabalho ou (...) *presentes para a despesa do senhor*”, aduzindo, ainda, que essa força coatora possuída pelo superior feudal podia ser militar, mas também podia ser a de “um costume apoiado por algum tipo de processo jurídico”, observando, ademais, o fato de que, geralmente, o senhor feudal exercia “funções judiciárias ou semijudiciárias em relação à população dele dependente”⁴².

Ressaltam disso, em todo caso, duas conclusões: uma, a de que a obrigação do servo para com o senhor da terra não era de natureza volitiva, contratual, em que a prestação a que aquele viesse a se vincular decorresse da sua ação autônoma como sujeito, para satisfação de seus próprios interesses; e, duas, a de que o processo de composição e resolução de lides entre senhores e servos não poderia ser caracterizado pela imparcialidade, isenção e igualdade entre partes da contenda.

Dada a profunda descentralização política, o que se notava era um multifacetário direito costumeiro, um direito de distintas configurações, de condado para condado, ou de gleba para gleba, ainda que em áreas contíguas e, sobretudo, como assinalamos anteriormente, de desigualdades entre partes, na medida em que, por vezes, a figura do litigante confundia-se com a do julgador⁴³.

Essa realidade viria a ser progressivamente superada.

⁴² DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**, trad. Affonso Blancheyre. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 52-54, destaques do autor.

⁴³ v. HUBERMAN, Leo. **A História da Riqueza do Homem**, trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 17-18. MARSH, S.B e SOULSBY, J. *op.cit.*, p. 3. ALLEN, Carleton Kemp. **Las Fuentes del Derecho Ingles**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, LXX e seguintes.

Já sob o domínio de Guilherme I, o Normando, não obstante suas promessas de respeito ao direito costumeiro, foi sendo articulado um forte mecanismo de governança centralizada, que tinha como um de seus componentes uma judicatura que visava a controlar a administração da justiça, em prejuízo dos órgãos judiciais locais ou regionais.

A primeira inovação, nesse contexto, foi a transferência da jurisdição penal das cortes feudais para os magistrados régios (*The Court of the King's Bench*), ao argumento de que um crime não importava em violação da paz entre indivíduos, mas comprometimento da ordem pública (*wrong against the King's Peace*).

Paulatinamente a magistratura vinculada à Casa Real adquiriria maior capilaridade territorial (*Committees of the King's Council*) e amplitude funcional, movendo-se pelos quatro cantos dos domínios reais (*Assizes*) e estendendo a sua jurisdição para matérias tributárias e civis. Dispôs sobre a disciplina do corpo de jurados, deslocando-o da órbita dos senhores feudais e convertendo-o, primeiro, em informante do magistrado acerca da norma local aplicável ao caso e, depois, restaurando sua atribuição de juizado de instrução, competente para decidir sobre as questões de fato, não mais para os senhores feudais, mas para o rei.

Até onde se conseguiu apurar, a expressão *assize* corresponderia a “assentada” ou “assentamento” (registro ou anotação); derivaria do latim *adsedere*, ou “assentar”. Adviria da designação do local aonde os homens acorriam em assembleia e tomavam “assento” (*sit down*). Com isso salientamos que se tratava de uma reunião judicial em que agentes investidos da autoridade real buscavam parlamentar com senhores e vassalos e resolver as pendências do condado em questão. Posteriormente, as cortes reais – que se caracterizavam então por sua mobilidade – passaram a decidir desde uma sede fixa – Westminster – estabelecendo, outrossim, uma divisão orgânica, ainda que com alguma superposição ou conflito de competência: *The Court of Exchequer* para matérias tributárias e certas matérias civis; *The Court of Common Pleas* para lides civis entre indivíduos e o *The Court of King's Bench*, encarregada de deliberar sobre matérias penal e jurisdição civil concernente a direitos reais, ou que implicassem o monarca.

Em que pese haver logrado êxito em seu propósito de gradativa uniformização do direito (*common law*), as cortes reais, sobretudo a partir de sua

sedentarização, adotaram uma postura decisional conservadora, aferrando-se à literalidade dos precedentes, em detrimento de uma interpretação mais liberal, o que contribuía para a manutenção do poder econômico e político na ordem feudal.⁴⁴

Oportunamente se apresentaria a ocasião de desconstrução do *judge-made-law* como *direito consuetudinário* de traço marcadamente feudal. Isso teria repercussões profundas no que tange à deslegitimação dos tribunais feudais, em favor das cortes de consciência do “suserano dos suseranos”: o rei. Com efeito, o feudalismo, no dizer de Cam, citada por Dobb, tinha sua essência no fato de que “a posse da terra é a fonte do poder político”⁴⁵. Na medida em que se instaurava um processo político em que suas instituições deixavam de ser o cerne orgânico de resolução de contendas entre senhores e vassallos -- sobretudo a propósito da posse da terra -- essa fonte de poder político deixava de jorrar com a mesma intensidade de antes.

Todavia, seria também o momento de edificação de um fosso entre os magistrados de Westminster com seus precedentes fossilizados e outros juízes, notadamente, membros do clero⁴⁶, que dariam preferência para a afirmação da técnica de julgamento a partir dos preceitos aristotélicos de “justiça por equidade”, ou por consciência.

Holdsworth, citado por Ribeiro⁴⁷, identifica no instituto de “reintegração de posse” (*assize of novel disseisin*, ou, na literalidade do vernáculo “assentada de despejo recente”) o primeiro dissenso nos julgados das cortes reais, com base no fundamento de “equidade”, frente aos rigores dos precedentes copilados.

É preciso recuperar esse momento histórico. Para melhor compreensão da importância desse *assize*, é relevante acercarmos o instituto do *writ of seisin* que o antecede. Embora os registros consigam recuar até o ano de 1188, no que pertine a decisões de cortes reais em manutenção de posse, é possível que julgados sobre esse tema tenham sido levados a efeito em

⁴⁴ Para MARSH e SOULSBY isso se deveu à insegurança dos juízes quanto à decisão a ser tomada, já que, estabelecidos em Westminster, nem sempre contavam com a presença do rei por perto (as cortes tornaram-se apartadas do *King's Council*), para autorizar uma interpretação mais elástica sobre o caso em apreço (*op.cit.*, p. 5). V. NASCIMENTO, W. V. *op.cit.*, p. 149. Sobre os *assizes*, vale ler anotações específicas em <<http://icg.harvard.edu>>. Acesso em 30 mai.2003.

⁴⁵ DOBB, Maurice. *op. cit.*, p. 49.

⁴⁶ V. SOARES, G.F.S. *op.cit.*, p. 34.

⁴⁷ RIBEIRO, R.J. *op. cit.*, p. 38.

algum tempo anterior, mas sempre no reinado de Henrique II (1154-1189).⁴⁸

Como dissemos anteriormente, não se pode compreender a aceitação societária das sentenças reintegratórias de posse, sem que se analise a natureza jurídica do *writ of seisin*. O tratado de Winchester, de 1153, selara a paz sobre a disputa em torno da coroa inglesa, entre o Rei Estevão e seu primo, Henrique (mais tarde, Rei Henrique II, primogênito da prima de Estevão, Matilda, filha única de Henrique I). Nos conflitos entre as forças leais a Estevão, de um lado, e a Henrique, de outro, muitos senhores e vassallos foram esbulhados da posse de seus respectivos territórios feudais e glebas. Terminada a guerra, os tribunais de *common law* foram instados a restabelecer o *status quo ante*, removendo das terras ocupadas durante as hostilidades seus atuais posseiros, sem titulação.

Essas reivindicações comprometiam o esforço de apaziguamento encetado a partir de Winchester. Os posseiros ameaçados, então, passaram a dirigir-se ao rei Henrique II (Estevão falecera logo após a assinatura do tratado, no ano de 1154, e é sucedido por Henrique II), a fim de obstaculizar a jurisdição dos tribunais de *common law*, usando como argumento o fato de que, no referido convênio, Henrique assegurava a Guilherme, filho de Estevão (preterido na sucessão pelo tratado), a posse das terras herdadas, antes de sua subida ao trono, bem como a seus vassallos aquelas havidas por pactuação com Guilherme.

Na literalidade do documento, o tratado não dita uma norma de amplo alcance social como compromisso. Parece ser muito mais um ajuste restrito aos interesses fundiários imediatos de Estevão e de Henrique. Ocorre que, tão dilatado era o espectro de conflitos, em razão das desordens ocasionadas pelos embates, que somente o reconhecimento pelos litigantes de uma instância centralizada de arbitragem poderia solucionar os contenciosos, sem a retomada das armas. Nessas circunstâncias é que Henrique passaria a editar *os writs of seisins*, em favor de posseiros ameaçados, pelos quais afirmaria

⁴⁸ Cf. consulta a <http://vi.uh.edu/pages/bob/elhone/seisin.html>. Acesso em 03 mai 2002. A expressão *seisin* deve ser traduzida como posse. Portanto, um *writ of seisin* seria uma ordem de manutenção de posse, ante uma turbação. Discute-se se o instituto pode ser também reconhecido como *writ of rights*, vez que a palavra *right* equivaleria à propriedade ou domínio (*proprietas* ou *dominium*). Parecer, todavia, que durante o século XII ambas as expressões eram utilizadas para expressar o mesmo procedimento: a manutenção de uma “posse” turbada. v. <<http://icg.harvard.edu>>. Acesso em 30 mai 2003.

que qualquer lide de natureza reivindicatória só poderia ser processada com a expressa licença real. A provocação da instância, dependia do prévio assentimento do rei; enquanto isso não se dava, todo posseiro deveria ser mantido na posse das terras contestadas⁴⁹. Essa anuência preliminar, consentida pelas partes conflitantes como a única solução possível (afinal, a paz só se tornou realidade, em função do profundo desgaste dos corpos milicianos e sua recusa em prosseguir nas refregas bélicas) pode ser considerada como um importante passo no reforço da centralização da ordem jurídica, sem prévia consideração de um precedente aplicável.

Na decisão de *writ of seisin* vê-se a determinação de suspensão dos efeitos de qualquer decisão proferida pelas cortes de *common law*, mediante a avocação, pelo rei, do conhecimento integral da lide que lhe era devolvida. Não nos deve passar despercebido o fato de essa decisão inaugural trazer também a estampa do direito processual que já marcava de forma tão acentuada os pronunciamentos judiciais de direito costumeiro⁵⁰.

A percepção do risco de esgarçamento da tênue tessitura social, nesse passo, militaria em favor da legitimação da autoridade real em matéria de jurisdição por equidade, porquanto qualquer solução no âmbito das cortes feudais ou reais, fulcradas no “precedente”, poderia significar a ruptura com as posições fundiárias “congeladas” em 1153 e, em consequência, o retorno ao campo de batalhas. Esse movimento no rumo à consentida concentração de poderes reais daria um salto quando, em 1188, no *writ of seisin* conhecido como *Glanvill*, é disposta a cláusula de desforço (*deforciant clause*), pela qual o rei ameaça, pela força das armas, o conde envolvido na disputa em torno da posse de uma área, caso esse não viesse a respeitar a posse que deveria ser mantida pela sua advocatória.⁵¹ Podemos reconhecer, no aditamento do *deforciant clause* ao *writ of seisin* a ancestralidade da primeira *assize of novel disseisin*, em circunstâncias em que já se evidenciava um esbulho possessório.

⁴⁹ v. <<http://vi.edu/pages/bob/elhone/seisin.html>>. Acesso em 03 mai 2002. Também <<http://www.nipissingu.ca/department/history>>. Acesso em 02 jun 2003.

⁵⁰ Cf. DAVID, R. *op.cit.*, p. 16.

⁵¹ “The king to Earl William, greeting. I command you to hold full right without delay to N. in respect of ten carucates of land in Middleton which he claims to hold of you by the free service of one knight’s fee for all service, which Robert son of William is withholding from him. If you do not do it, the sheriff of Devonshire will, that I may hear no further complaint for default of right in this matter. Witness, etc.” Disponível em <http://vi.edu/pages/bob/elhone/seisin.html> Acesso em 03 mai 2002.

Desde então, passou-se a tolerar a posse pacífica da terra a lavradores livres (*freeholders*), independentemente de titulação, ou encargo servil. Como fundamentação, argumentava-se que, no âmbito do sistema feudal, à exceção do proprietário alodial⁵² – o rei –, seria difícil precisar o direito de propriedade, em face de sobreposição de titulações de domínio, especialmente após uma guerra. Antes que esse tipo de problema viesse a ser deslindado, urgia manter ou reintegrar na posse da terra quem a (ou dela se) ocupasse. Destarte, nos contenciosos fundiários a intenção de possuir e trabalhar a terra, deveria, *prima facie*, ser reconhecida pelo manifesto (*apparent*) e o visível (*evident*), como se assentou na decisão de reintegração de posse.

Processo de rito sumário (em contraposição às intrincadas ações reivindicatórias de detentores de títulos imobiliários – os *copyholders*, que tinham seu curso perante as cortes de direito consuetudinário), a reintegração de posse não se alicerçava em precedentes⁵³. Era uma decisão de “consciência”, que levava em consideração o aspecto anímico, -- não aquela vontade atestada por documentos arquivados, nos “pactos escritos”, mas aquela patente nos fatos (possui a terra quem de fato a ocupa e a lavra) -- e o objetivo do monarca em preservar a paz entre seus súditos. Andrade, ao indagar acerca do fundamento da proteção possessória no “emaranhado medieval”, sustenta que ele “poderia ser divisado, em certos casos, na necessidade de manutenção da ordem pública, para o que se instituiu o *possessorium summariissimum*”⁵⁴.

Essa paz, contudo, só poderia se estabelecer, se houvesse consentimento das partes contrárias eventualmente prejudicadas. Notemos, a esse propósito, que a reintegração na posse não conferia ao esbulhado uma titulação que pudesse ser contraposta à reivindicação de um senhor que detivesse um título de propriedade. Esse contencioso continuava mantido na esfera de jurisdição dos tribunais de direito costumeiro, e, sendo assim, arrefeciam-se os ânimos dos barões da terra. A decisão de “eqüidade” revelava-se, nesse caso, como

⁵² Qualidade do proprietário isento de qualquer ônus, cf. BLACK H. C. *op. cit.*, p. 28. V. também SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário Jurídico**, vol. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1967, p. 109.

⁵³ RIBEIRO anota que, em última instância, “mesmo as ações proprietárias aliás, são julgadas pela recordação que se tem, não por um primeiro título, definitivo, incontestável” (*op. cit.*, p. 38).

⁵⁴ ANDRADE, Adriano de Azevedo. **O Fundamento da Proteção Possessória**. Belo Horizonte: UMG, 1964, pp. 80-81.

uma espécie de solução de compromisso: o de montagem do consenso social, ainda que algum estamento viesse a perder com isso.

Esse tipo de deliberação selava a aliança entre os milhões de “ignóbeis”⁵⁵ e o rei, *legitimando a sua autoridade*. Garantida a posse da terra aos *freeholders* ser-lhes-ia, como de fato foi, desde 1295, reconhecida, além da manutenção dos meios de produção, até mesmo a representação política em uma das câmaras do Parlamento (Casa dos Comuns).

Obviamente, o sucesso desse procedimento de manutenção de posse entre os *freeholders* levaria a um assoberbamento do rei, no exercício de funções jurisdicionais. Juizes designados pelo monarca, para atuar em seu nome, procuravam nas fontes da eqüidade a “suprema justiça” (*law-finders*) e, entretantes, aumentavam o prestígio das cortes reais de eqüidade e do próprio rei⁵⁶. Essa justiça, de “consciência” ou *equity*, ao contrário do que comumente se pensa, não era encontrada em princípios metafísicos, mas a partir de evidências materiais; tampouco admite uma leitura do conceito como confirmação de “tratamento desigual”, pela qual a exigência de harmonia deveria “reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades absolutizadas da tessitura social” (Carvalho Netto: 1999).

As decisões tomadas com base nesse critério de eqüidade, na medida em que se avolumavam, minavam a autoridade dos tribunais pautados pelo *common law*⁵⁷. Esses últimos, enovelados em preliminares processuais ou enredados em lides complexas, baseadas em intrincados laços de vassalagem, (a escala de dignidade e prestígio, uma das máximas da lei feudal, sustentava que “os vassalos de um vassalo, não são vassalos de seu suserano”) reforçavam um sentimento muito bem descrito por Savelle:

“Para o vassalo nobre, no sistema feudal, as relações pessoais e contratuais entre o senhor e vassalo tendiam a melhorar a natureza arbitrária do senhor; para as massas de servos e outros trabalhadores, a autoridade política do senhor do feudo era praticamente absoluta. Eles não tinham voz alguma em seu governo – nem mesmo sonhavam com tal coisa – e o

⁵⁵ SAVELLE, Max. **História da Civilização Mundial**, vol. 2, trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1964, p. 160.

⁵⁶ Sobre a inconveniência de ser o soberano juiz, v. MONTESQUIEU, Charles-Louis, Baron de. **O Espírito das Leis**, tomo I, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia, 1962, p. 102 e seguintes.

⁵⁷ v. GANSHOF, F. L. **O que é Feudalismo?**, trad. Jorge Borges de Macedo. Cintra: Europa-América, 3ª.ed., p. 210.

senhor era o único governador que conheciam. Ainda que pudessem ter ouvido falar no rei, e a menos que sucedesse viverem num dos feudos do próprio rei, a autoridade deste sobre eles era praticamente nula.”⁵⁸

Assim, dado o vertiginoso crescimento de feitos dessa natureza, a afirmação das cortes reais especiais de equidade -- *Courts of Chancery* (esse nome se deve ao fato de serem presididas por um *Chancellor*, ou seja, “o guardião da consciência do rei”) --, cuja jurisdição deveria ser exercida, como já dito, com fulcro em questões de “consciência”, seria fator determinante para o desencadeamento, por meio da pessoa do monarca, de um processo em vórtice de reforço na padronização da *ordem* jurídica; de construção, entre a maioria dos deserdados e excluídos, dos rudimentos de sentimento nacionalista; e da soberania real, lastreada na ampliação do consenso dos súditos em relação ao rei, e mediada no reconhecimento, pelos juízes régios, de seus interesses (dos súditos) e de sua aceitação como sujeitos de direitos.

A compreensão da dinâmica de admissão dessa jurisdição, pelos amplos segmentos sociais, à época marginalizados, traz a lume os motivos de, por séculos, ainda que fosse objetado por interesses contrariados, não se minar ou se desconstituir, por confronto aberto, em uma vaga reacionária, esse poder da magistratura de consciência.

A dimensão do *judge-made-law*, nas conjunturas em que -- ante a indeterminação ou imperfeição das decisões consolidadas como jurisprudência ou defeito das palavras de um estatuto jurídico supletivamente aplicável, -- se decidia por equidade, em nome da paz do reino, é que teria levado a sociedade política a assentir em depositar no juiz-intérprete -- uma guardião da consciência superior -- a prerrogativa de integração e controle da interpretação gramatical, como forma de superação de sentidos incertos, hipotéticos e equívocos⁵⁹.

Nos juízos de equidade daquela época percebemos fragmentos da função integradora da ordem jurídica e de pretensão de legitimidade do direito com emissão de juízos que procuravam satisfazer, simultaneamente às condições da

⁵⁸ SAVELLE, M. *Op. cit.*, p. 161.

⁵⁹ DORF, M. *op. cit.*, p. 28.

aceitabilidade racional e da decisão consistente⁶⁰. É interessante observar, com Kant, que a equidade, constitui uma exceção à regra de que o ordenamento jurídico se interliga por uma rede de faculdades multilaterais e reflexivas de coação, sendo assim “um direito sem coação”, ou, se quisermos, da coação consentida. Ora, apenas naquelas situações em que a sede de paz se converte em apanágio societal podemos perceber espaços para o florescimento de um lema de recusa ao direito mais estrito, por constituir este a maior injustiça (*summum ius, summa iniuria*).⁶¹

Como já sugerimos, o prestígio das cortes reais de equidade não pode ser entendido como unanimidade em torno delas. Nesse processo, é evidente a perda de poder político dos senhores feudais. Sucessivos fracassos, sobretudo nos negócios externos, de parte dos sucessores de Henrique II (primeiro, Ricardo Coração de Leão, depois, João Sem Terra), permitiram a recuperação de espaço decisório pelos nobres que, em 1215, conseguem extrair do monarca um documento – a Magna Carta –, contendo limitações ao poder real.

Uma das disposições desse instrumento, a de número 39, dispunha que “nenhum homem livre será detido, ou aprisionado, ou despojado, ou posto fora da lei, ou de qualquer forma destruído, nem será colocado em prisão, a não ser pelo legal julgamento de seus pares e de acordo com as leis do país”.

Essa norma representava uma invalidação da cláusula de desforço, admitida nas ações possessórias sem oitiva prévia do corpo de jurados e, nesse sentido, um retrocesso no processo de superação das desordens feudais, através da centralização de poder em torno do rei. João Sem Terra não se conformou com as restrições ao poder monárquico e resistiu. Novamente a Inglaterra mergulharia em prolongada guerra civil. O líder dos barões, Simon de Montfort, derrotaria João Sem Terra e, em 1265, convocaria uma Assembléia, na qual autorizaria a participação de novos segmentos sociais, além da nobreza (cavaleiros e representantes das cidades). Em 1295, seu sucessor, Eduardo I, passaria a reconhecer o direito de representação política, no Parlamento, aos *freeholders*, segmento que dera origem a toda essa controvérsia. A assembléia parlamentar convocada por Eduardo I, também conhecida como “Parlamento Modelo”⁶², compor-se-ia, assim, de duas casas: a dos Lordes, agregando senho-

⁶⁰ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 246.

⁶¹ v. LEITE, Flamarion Tavares. **O Conceito de Direito em Kant (na Metafísica dos Costumes)**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 61-62.

⁶² SAVELLE, M., *op. cit.*, p. 174.

res leigos e eclesiásticos e a dos comuns, em que os membros, diferentemente da outra câmara, detinham um mandato, isto é, eram representantes de outros, ao invés de deter o posto por direito próprio. A esse Parlamento composto reconhecia o rei o direito de decidir sobre as concessões extraordinárias de dinheiro, sob a alegação de que, o que a todos atinge, por todos, inclusive os comuns, deveria ser deliberado⁶³.

Essa reversão política não deve ser entendida como um desvencilhamento do passado. Ao contrário do que se possa imaginar, as cortes de eqüidade subsistiriam e, mais adiante, no século XVII, chegariam mesmo a desafiar a autoridade do parlamento e das cortes de *common law*. O que podemos perceber é que, no final do século XIII, nessa etapa da história inglesa, passa a haver uma confluência de elementos que, uma vez agregados, consubstanciam o vestíbulo do “processo genético do poder constituinte”.⁶⁴

Com efeito, temos, desde então, a afirmação de uma relação antitética de “amigo-inimigo”, como de equivalência, e até de harmonia, *dentro de uma unidade jurídica superior*.⁶⁵ As cortes de *common law* e eqüidade passavam a coexistir como poder político -- sem se destruírem, ao contrário, conformando-se reciprocamente. Viriam a conviver forças contrapostas de centralização e descentralização, de conservantismo e de inovação da ordem jurídica; reafirmação da garantia de privilégios e extensão de direitos aos “comuns”, isto é, aos que não se incluíam no estamento dos *landlords*⁶⁶. Na dicção de Canotilho, verifica-se um processo histórico de revelação de uma Constituição, consistente no estabelecimento de “um equilíbrio entre os ‘poderes medievais’ de forma a garantir ‘restaurativamente’ os direitos e liberdades (os ‘direitos radicados no tempo’) e assegurar um **governo moderado**, no qual gravitassem os pesos e contrapesos das diversas forças políticas e sociais”.⁶⁷

⁶³ Esse princípio seria reafirmado na cláusula número VIII do *Petition of Rights*, em face das investidas da Dinastia Stewart, no século XVII, no sentido de fazer prevalecer em território britânico um governo em moldes absolutistas.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*, p. 62.

⁶⁵ CABRAL DE MONCADA, L. **Filosofia do Direito e do Estado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 191.

⁶⁶ v. sobre a cristalização desse processo, após a Revolução Gloriosa (1688), ARENDT, Hannah. **O Sistema Totalitário**, trad. Roberto Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 1978, p. 243.

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*, p. 63, destaque do autor.

Quando os norte-americanos se lançaram ao labor constituinte, esse empreendimento não partiu de um “ponto zero” experimental, nem de uma neutralidade quanto ao agir político que encetavam⁶⁸. Tinha-se, de um lado, a constatação, pelos defensores da convocação da Convenção, de movimentos centrífugos e corruptores da coexistência societal, na nascente vida política dos Estados confederados⁶⁹, a demandar um sentido de centralização político-normativa⁷⁰, combinado com a preservação e realimentação de uma memória das jornadas pretéritas da *práxis* judicial do constitucionalismo inglês⁷¹, onde se entrelaçaram expedientes político-jurídicos sistólicos de conformação de uma ordem estatal geral e uniforme e, como espamos de diálise, os freios e contrapesos a essa tendência. No dizer de Madison no *Paper 51*, era “preciso capacitar o governo a controlar os governados; e, em seguida, obrigá-lo a controlar a si próprio”⁷².

Havia, ainda, a procura de consecução de um *telos*, um objetivo -- garantia da observância dos contratos e do direito de propriedade --, que deveria ser articulado com parâmetros de avaliação da *performance* dos agentes políticos quanto ao alcance ou não do próprio objetivo.

No resgate dessa complexa prática de temperança da antiga metrópole, os norte-americanos encontrariam os fundamentos para a criação de um corpo de regras superiores e invioláveis, para solucionar as aflições daquele tormentoso momento.⁷³

Na decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison* podemos perceber, a par da declaração da inquebrantabilidade dessas regras – as regras constitucionais, ou a *Paramount Law* -- como expressão de um poder soberano (*We the People*) que projeta a diretriz de subordinação do legislador e suas leis às normas constitucionais e de equipotência entre os poderes constituídos (impraticabilidade de poderes absolutos), o revigoração da via de justificação da deliberação judicial por recorrência à técnica de equidade e a afirmação

⁶⁸ Sobre os elementos do “agir político”, v. ARENDT, Hannah. **O que é Política? Fragmentos das Obras Póstumas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 127.

⁶⁹ v. BEARD, C. A. *op. cit.* pp. 91-100.

⁷⁰ v. HAMILTON, Alexander. *op. cit.* p. 159.

⁷¹ Para um breve estudo da evolução do *bench-made-law* nos EUA, por transposição, desde o período colonial, das práticas das cortes britânicas, ver BERMAN, Harold J. *op. cit.*, pp. 11-21 e BEARD, Charles. **American Government and Politics**. New York: Macmillan, 1915, pp. 552-555.

⁷² v. MADISON, James. *op. cit.* p. 350.

⁷³ v. STONER JR., James R. **Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes and the Origins of American Constitutionalism**. Kansas City: University Press of Kansas, 2000.

do Poder Judiciário como o guardião independente da Constituição.

Naquele veredito de 1803 observamos a exsurgência de um modelo constitucional plasmado pela “filosofia garantística”, modelo esse fulcrado na preeminência normativa da Constituição, assegurada, por si própria, através da instituição do Poder Judiciário e do instituto de fiscalização da constitucionalidade.

Ironicamente, uma decisão adotada por equidade, convolar-se-ia em precedente fundamental, pedra angular do *common law* norte-americano -- reforçando, nesse particular, na melhor “tradição do direito e dos procedimentos judiciais anglo-saxônicos”⁷⁴, a recorrência ao caso anteriormente regulado --, não para contrapor o *judge/bench-made law* ao *statutory law*, mas, por meio daquele, sustentar a própria lei estatutária suprema, produzida por um poder constituinte originário anômalo. Eis aí, nas palavras de Grant, citado por Cappelletti, “a contribuição das Américas à ciência política”⁷⁵.

A justificação da conjugação desses dois vetores – supremacia constitucional e autoridade judicial como baluarte da Constituição –, tendo como resultante o modelo examinado, encontrou em Alexander Hamilton o seu mais claro e completo advogado. No número 78 do *The Federalist* esse convencional destacava a essência limitativa do texto que apõe “determinadas restrições à autoridade legislativa” e sustenta a subordinação do Poder Legislativo, como “poder delegado”, à vontade original do povo, espelhada na Constituição. Hamilton não ficou alheio à tese de que essa doutrina colocaria em discussão estar ou não o Poder Judiciário em um patamar superior ao do próprio Poder Legislativo, esse, por excelência, expressão, no plano da democracia representativa, da “vontade geral” do povo, consoante a doutrina de Locke, dentre outros. Afirmou Hamilton:

“Essa conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em

⁷⁴ A expressão é do *Chief Justice* Charles Evans Hughes, citado por BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 77.

⁷⁵ APPELLETI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, p. 46. Ver também TAYLOR, Hannis. **The Origin and Growth of the English Constitution**. Boston/New York: Houghton, Mifflin & Co, 1895, p. 73-74.

suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juizes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais.”⁷⁶

Ante as assertivas de Hamilton no número 78 dos Artigos Federalistas, não é descabido consignar, nesta passagem, que o próprio Jefferson, parte envolvida diretamente na trama que redundou no pronunciamento da Suprema Corte em *Marbury v. Madison*, diria que o conjunto daquela obra era “o melhor comentário jamais escrito sobre princípios de governo”.⁷⁷

Curiosamente também, esse modelo informava a Constituição, mas não se explicitava no texto constitucional. Metaforicamente, podemos considerar que o documento entendido como Constituição, seria um espelho embaçado da imagem do povo, tendo cabido à Suprema Corte, desde o início do século XIX, dar-lhe contornos mais delineados. Se esse processo de clarificação se apresentasse num instante de legitimação/fundação como distorção da vontade popular, dificilmente teria prevalecido. A experiência histórica, como veremos mais adiante, demonstraria que essa cisão, uma vez ocorrendo, geraria um processo de ruptura e estranhamento das esferas política e judicial.

Por outro lado, se as idéias de Constituição como Lei Suprema e de controle de constitucionalidade como prerrogativa do Judiciário não se afirmassem, esmaeceria a força normativa da própria Constituição. Se agentes políticos violassem a Constituição, o único recurso repousaria no processo político, sem a menor garantia de proteção àqueles lesados pela violação, se, eventualmente, fossem minorias ou mais fracos.

Atendo-nos aos primórdios da federação norte-americana, reconhecemos ser a Carta de 1787 um registro, isto é, a formalização de uma posição que já se manifestava difusa e tendencialmente prevalecente no seio da sociedade norte-americana. Nesse sentido, o texto constitucional elaborado na Pensilvânia não teria sido expressão jurídica de acontecimento fundante de uma ordem social, questão que teria sido colocada para os protagonistas da Revolução Francesa, mas confirmatório e sancionador de uma protopactuação política, de perfil conservador, das práticas sociais observadas e em certa medida favorável a um projeto plutocrático e que, invocando a rigidez

⁷⁶ HAMILTON, Alexander. *op. cit.*, p. 481.

⁷⁷ O comentário é repetido por Isaac Kramnick, em sua apresentação dos Artigos Federalistas, *op. cit.*, p. 1.

da norma constitucional, reivindicava-se como proposição de futuro a ser garantida e mantida na novel república federativa de forma indelével, ou, senão tanto, só modificável por manifestação de expressiva maioria de um poder constituinte derivado, envolvendo a aquiescência dos Estados Federados (artigo V, Constituição dos EUA). Nesse sentido, recordemos, uma vez mais, os temores motivadores do *Sedition Act*, de 1798, sancionado por John Adams.

Canotilho nos explica, com magistral percuciência o porquê disso, elucidando o propósito da Convenção de Filadélfia:

“Na Revolução Americana o poder constituinte é o instrumento funcional para redefinir a ‘Higher Law’ e estabelecer as regras do jogo entre os poderes constituídos e a sociedade, segundo os parâmetros político-religiosos contratualistas de algumas correntes calvinistas e das teorias contratualistas lockeanas. Numa palavra: o poder constituinte serve para fazer uma constituição oponível aos representantes do povo e não apenas uma constituição querida pelo povo soberano. Mas não é só isso: o princípio republicano do povo não tolerava a idéia de ‘centro político’, ‘de concentração unitarizante’ do poder. O povo dos Estados Unidos era um ‘povo alargado’ – people-at-large --, que não se reduzia ao ‘corpo eleitor’ ou aos representantes das assembleias legislativas. Isso justificará o cuidado dos ‘federalistas’ em seguir as sugestões dos ‘antifederalistas’: articular o poder constituinte do povo que faz uma constituição federal com a autonomia dos ‘Estados’ e dos seus povos, ou seja, estabelecer uma concordância político-prática entre as vantagens da ‘união’ e de uma lei constitucional unitária e os sentimentos republicanos dos Estados da federação. Nesse sentido se afirmou que o princípio legitimador da constituição americana de 1787 foi ‘muito mais a idéia federativa do que a idéia democrática’.

Por todos os motivos acabados de referir, pode dizer-se que a teoria do poder constituinte corresponde, no fundo, ao objetivo central (core objective) do constitucionalismo: a primeira função de uma ordem político-constitucional foi e continua sendo realizada através de um sistema de limites impostos àqueles que exercem o poder político.”⁷⁸

Se a *opinion* dos *Justices* no caso *Marbury v. Madison* tornou-se importante para ser invocada como precedente em situações pósteras, nem por isso é conveniente a busca de apoio em decisões remotas ou próximo passadas,

⁷⁸ CANOTILHO, J. J.G. *op. cit.* p. 64-65.

no contexto do judicialismo norte-americano, a justificar a censura dos atos legislativos pela Magistratura, para efeito da colocação do tema da *legitimação* do instituto.⁷⁹ Com efeito, não se trata de comparação correta, em termos de legitimação, a menção de censura judicial a leis de autoridades governamentais nas colônias à luz das cartas régias das companhias de exploração de *plantations*, ou à luz das decisões do Parlamento Inglês, no qual não havia representação das populações coloniais. Já os comumente citados precedentes das cortes estaduais no sentido do controle da legislação pelo Judiciário, em face das Constituições de diversos Estados, apontam exatamente no sentido contrário ao da aquiescência popular a essa técnica decisória judicial⁸⁰.

Portanto, não podemos admitir como fundamento do controle jurisdicional de constitucionalidade a simples referência a precedentes, isto é, a remissão a casos que tipificam um dos ramos do *judge-made-law*, ou seja, o *common law*, a consistir em que, antes de se decidir a matéria *sub judice*, recorre-se a casos anteriormente decididos. John Marshall, ao externar a opinião do tribunal em *Marbury v. Madison*, não considerou que, a Suprema Corte, em *Hylton v. USA* (1796) -- não obstante tenha, no mérito, confirmado uma lei que, para o recorrente, era inconstitucional (*carriage tax*) --, conheceu o recurso. Estudiosos tomam esse fato como evidência de que a Corte já teria admitido implicitamente estar investida do poder de invalidar uma norma legal, pois, do contrário, não faria sentido conhecer da matéria e pronunciar-se sobre a sua adequação ao texto constitucional⁸¹. Lendo a decisão em *Marbury v. Madison*, contudo, não vemos nenhuma menção àquele processo.

⁷⁹ Para conhecimento desses “precedentes”, v. BITAR, O. *op.cit.*, p. 528. CAPPELLETTI, M. *op.cit.*, p. 60-61. CORWIN, E. *op. cit.*, pp. 172-173.

⁸⁰ v. BEARD, Charles A. *op. cit.*, p. 46 e 91. Este autor refere-se as manifestações de descontentamento em Nova Jersey, Rhode Island, Virgínia e Carolina do Norte, mas os primeiros Estados que introduziram o *judicial review* em suas respectivas Constituições foram Nova York, Massachusetts e New Hampshire, por volta de 1780.

⁸¹ De fato, em um caso anterior – *Glass v. The Sloop Betsey* (1794) – a Suprema Corte já tivera a oportunidade de examinar as razões do apelante a doutrina de controle dos atos legislativos pelo Poder Judiciário, mas, na ocasião, não deu guarida ao pedido de declaração de inconstitucionalidade. Da mesma forma, em 1798, no caso *Calder v. Bull*, evitou pronunciar-se sobre o princípio, considerando-o desnecessário para deslindar o contencioso. Nesse julgamento, o Justice Iredell disse: “*se um ato do Congresso ou da legislatura de um Estado viola um dispositivo constitucional, este ato é incontestavelmente nulo; mas reconheço que, com a autoridade de o declarar nulo é de natureza extremamente delicada e muito poderosa, a Corte só recorrerá a ela em casos muito claros e urgentes*” (BEARD, C. A. *op. cit.*, p. 114).

Entretanto, outro deve ser o olhar sobre um caso inglês, mais antigo, o processo *Dr. Thomas Bonham v. Royal College of Physicians (Common Pleas)*, relatado pelo *Chief Justice* Sir Edward Coke, em 1610⁸², não porque pudesse ter sido citado em *Marbury v. Madison* (e, de fato, não foi e só o seria, pela Suprema Corte, em 1874), mas porque, em essência, fora incorporado às reflexões de Hamilton no *Paper* nº 78. Corwin, por seu turno, ao debruçar-se sobre essa decisão, concluiu por residir ali a origem do *judicial review* no sistema jurídico anglo/norte-americano, afirmando:

*“A origem inicial desse controle, entretanto, é muito mais antiga que a Constituição e, na verdade, que qualquer constituição americana. Pode ser buscada na common law, pois certos princípios da mesma foram desde cedo considerados como ‘fundamentais’ e incorporadores de uma ‘lei superior’ que o próprio Parlamento não podia alterar. E ‘parece’ escrevia o Chief-Justice Coke, em 1610, em seu famoso dictum no caso Bonham, ‘que quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, a common law o controlará e o julgará nulo.’”*⁸³

Há indicadores de que também as idéias de Coke atravessaram o Atlântico, a bordo do Mayflower⁸⁴, com os “peregrinos” (*pilgrims*) ingleses, antes exilados em Leyden (Países Baixos)⁸⁵. Amedrontada com a aproximação do termo final da trégua de doze anos entre a Espanha católica e suas possessões flamengas rebeldes, onde imperava a liberdade de culto, essa pequena comunidade re-

⁸² Nessa decisão, lê-se: “*in many cases the Common Law will control Acts of Parliament and some times adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void*” Disponível em <http://www.deltachi-hsv.org/edcoke.html> Acesso em 21 abr. 2002. Também em BITAR, O. *op.cit.*, pp. 525-26.

⁸³ CORWIN, E. S. *op. cit.*, p. 173.

⁸⁴ “*American legal tradition does not begin in 1620 or with the founding fathers of the Nation in 1776. It begins at the common source with English law. Sir Edward Coke never crossed the stormy Atlantic but a partial set of his Reports did make the historic crossing of the Mayflower; well into the nineteenth century Coke on Littleton was a book every lawyer knew. In 1765, more than hundred fifty years after Coke’s decision, the Massachusetts Assembly protesting a Stamp Act passed by Parliament declared it invalid against Magna Carta and the Natural Rights of Englishmen, and therefore, according to Lord Coke, null and void. Patrick Henry also cited Coke as authority for nullification in his speech before the Virginia House of Burgesses.*” Disponível em <http://www.deltachi-hsv.org/edcoke.html> Acesso em 21 abr. 2002. v. também BITAR, O. *op.cit.*, pp. 525-528.

⁸⁵ Sobre a liberdade religiosa nos Países Baixos, no século XVII, v. Mc MANNERS, John. **The Oxford Illustrated History of Christianity**. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. 269-271.

solveu partir para a América⁸⁶. Às seitas religiosas, acoçadas, no exílio, pelos governantes espanhóis católicos; perseguidas na terra natal pela dinastia escocesa dos Stewarts que sustentava o “direito divino” da autoridade real (partidária de um anglicanismo mitigado)⁸⁷ e a unicidade religiosa, eram caras as posições do “oráculo da *common law*”⁸⁸, de garantia de liberdade de credo pelos precedentes judiciais.⁸⁹

Certamente a *práxis* e o pensamento de Coke são relevantes para compreensão da sobreposição da jurisdição à autoridade supostamente “soberana” do rei ou do parlamento. Isso, todavia, não nos leva a apontar *Dr. Bonham* como o precedente desencadeador do *judicial review of legislation*, pelas razões mais adiante expostas⁹⁰.

Já tivemos oportunidade de assinalar que a legitimação da jurisdição real de equidade correspondeu a uma identificação entre a ação político-jurídico do rei e os interesses de milhões de *freeholders*. Essa sintonia fortaleceu a crença de que os *hermeneutas*, assim como o mitológico *Hermes*, eram porta-vozes de uma consciência maior, divina mesmo, num país, como assinala Goyard-Fabre, “onde é difícil separar a religião e política”.⁹¹

Para melhor compreensão do tema, convém assinalar, que Sir Edward Coke já era, muito antes de ser nomeado, em 1606, por James I, *Chief Justice of the Common Pleas*, um *Serjeant-at-Law*. Ribeiro descreve o processo de nomeação de um *Serjeant-at-Law*:

“Quando um advogado é nomeado pelo rei *serjeant-at-law* (“servidor da lei”), título que não confere nenhum cargo mas apenas proclama a eminência na profissão, a cerimônia de instalação assemelha-se a um rito iniciático: Holdsworth a descreve – missa, juramento, procissão.

⁸⁶ v. <http://www.deltachi-hsv.org/edcoke.html>. Acesso em 21 abr. 2002. v. também OLSON, Keith W. **An Outline of American History**. Washington: USIS, 1990, p. 4 e segs.

⁸⁷ Essa foi a posição adotada por James I, Carlos I e Carlos II. James II, todavia, assumiu uma posição francamente favorável aos católicos. v. SAVELLE, Max (org.). **História da Civilização Mundial**, vol. 2. Belo Horizonte: Itatiaia, 1964, p. 409.

⁸⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**, tradução Karla Dunder e João Luiz Sampaio. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 176.

⁸⁹ Seu lema era *Lex est tutissima cassis* (“a lei é o escudo mais seguro”). Escreveu ele: “a lei é o mais seguro dos santuários que um homem pode ter e a mais forte cidadela para proteger o mais pobre de todos”. Disponível em <<http://www.deltachi-hsv.org/edcoke.html>> Acesso em 21 abr. 2002.

⁹⁰ m sentido contrário, CAPPELLETTI sustenta que *Dr. Boham's case* deve ser considerado como o precedente aplicável. *Op.cit.*, p. 60.

⁹¹ GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 177.

*Pertence o common lawyer, desde esta sagração, a uma irmandade (brethren) na qual se escolhem os juizes dos três tribunais superiores (em cuja nomeação e posse não há espetáculo: a iniciação já teve lugar). Esses magistrados e os demais serjeants se tratam de tu, e se chamam de irmão; são, como o cavaleiro e o padre, homens que fizeram uma profissão, que os distingue dos demais. (...) **Da mesma forma a justiça, embora tenha no rei tecnicamente a sua fonte, pode ser declarada sem ele e até contra ele: é valor supremo.** Os juizes são seus sacerdotes; o ingresso em seu meio dá-se em dois tempos: pois, antes das cerimônias a que aludimos, foi preciso o estudante da common law vir a Londres, residir num dos Inns of Court, hospedaria onde, às refeições, se discutem pontos da lei. Não existe universidade, código ou programa na common law. Assistir aos julgamentos, ouvir os comentários nos Inns é a única maneira de conhecê-la: pela prática, entendida como convívio e freqüentação, e não pela teoria, cuja existência mal se percebe: o que existe são mistérios, os de um mister. A informalidade dos inícios na profissão jurídica legal não contradiz, apenas complementa o formalismo do rito que consagra o serjeant, advogado eminente: é uma jornada pelos termos da lei em que não há código, só memórias, como os Year Books, em que se fala língua própria, a gerar uma difícil razão artificial, de iniciados, e uma sacra tradição superior a qualquer razão natural. Os Reports de Coke são o tardio romance de cavalaria ou mesmo a hagiografia da common law”⁹².*

Assim, o jurista (*serjeant-at-law*) era reconhecido como tal por um rito de passagem, de viés ao mesmo tempo religioso e corporativo. Essa prática medieval punha em relevo aqueles reconhecidos pelo monarca como habilitados, aptos, portanto, a exercer a magistratura, quer por interpretação da “consciência do rei” (*equity*), quer pela reprodução do *common law*⁹³. Esse ritual, ademais, na medida em que expressava uma situação de mobilidade social e política, reforçava as motivações de superação da estática hierarquia de poder da sociedade feudal. O prestígio do *serjeant-at-law* estimulava as esperanças de cada um dos despossuídos, não apenas em relação às tutelas jurídicas postuladas, por sua posição neutra, imparcial, *vis-a-vis* os tribunais feudais, mas ainda na construção de uma sociedade superior ao feudalismo; uma sociedade reformada, de maiores oportunidades para todos, em contraposição ao rígido imobilismo social e político dos feudos.

⁹² RIBEIRO, R. J., *op.cit.*

⁹³ v. LLOYD, Dennis. **A Idéia de Lei**, trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 327.

O que mais importa observar, nessa altura, porém, é que, se no seu nascedouro, a *praxis* dos juízes das cortes reais foi fator decisivo para o soerguimento, consolidação e colmatação da soberania política do rei, nem por isso essa mesma *praxis* significaria o endosso permanente das posturas do monarca. Toda a aura de respeito, honra e veneração que se erguia em torno dos magistrados, cultivada e cultuada por séculos, proporcionaria condições para um *dictum* de justiça que, como já destacado, tecnicamente tivesse no rei a sua fonte, mas, de fato, pudesse ser declarado sem ele e até contra ele.

O palco privilegiado desse desafio apresentava como contendores as cortes de *common law* e os tribunais de *equity*, sendo aquelas mais independentes e esses últimos mais atrelados ao rei, fato que passou a ser percebido com mais regularidade durante o turbulento reinado de Edward IV, no curso a Guerra das Duas Rosas, persistindo, porém, após as refregas entre as Casas de York e Lancaster.

Quando, no século XVII, a ação da dinastia dos Stewarts viria a ser questionada e surgem teses em defesa da soberania popular, mais difícil se tornava a conjugação de consciência do rei com vontade popular. Nessa época, em contraposição à postura absolutista de governantes enebriados pela doutrina de direito divino, *justificada pelas cortes de equidade*, espriava-se a máxima *vox populi, vox Dei*.

Paulatinamente, venerados juízes, premidos entre a defesa do príncipe “soberano” e autoridade política emanada do povo, expressa no governo da maioria⁹⁴, passavam a inclinar-se em favor dessa última. Coke, entretanto, não é o melhor exemplo dessa tendência, pois não prestaria seu endosso incondicional à vontade parlamentar majoritária. Em 1610, no processo citado, desafiara a autoridade do Parlamento, ao argumento, em síntese, de que “*em muitos casos a Common Law controlará os Atos do Parlamento e, algumas vezes, os julgará nulos; quando um Ato do Parlamento for contra o common right e a razão, ou repugnante, ou impossível de ser executado, a Common Law o controlará e julgará tal Ato como nulo*”.

Certo é que os tribunais ingleses de *common law*, em agravo à assembléia parlamentar, ou ao rei, pela sua experiência, revelaram e assentaram princípios, instituições e processos que, no dizer de Miranda, “mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz

⁹⁴ v. LOCKE, J. Livro II, *op. cit.* pp. 470, 485-486 e 542.

da idéia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário de poder”.⁹⁵ O próprio Coke, mais tarde, viria a ser o proponente e redator da histórica *Petition of Rights* (1628), onde seriam consolidados valores socialmente acatados, tais como o devido processo legal para subtração ao indivíduo de sua vida, de sua propriedade e liberdade e anterioridade legal da imposição tributária⁹⁶.

Procedendo dessa maneira, em verdade, as cortes de *common law* cuidavam de manter a soberania estatal, independentemente das paixões ou interesses momentâneos, vinculando as instituições – o Rei e o Parlamento – ao propósito maior de sustentar a unidade na diversidade, em prol da sobrevivência da Nação. Impunham, destarte, o Estado do Direito -- *the rule of law*--, ou seja, a sujeição dos governantes (tanto o monarca como a assembléia) a um sistema de regras e normas governamentais compatível com direitos e liberdades dos governados, no firme propósito de assegurar a coesão sócio-política dos membros de uma comunidade estatal. Socorrendo-nos da imagem da “Nave-República” de Bodin, em sua obra *Seis Livros da República*, tratava-se de “unir todos os membros e partes, bem como todas as famílias e colegiados em um corpo”.⁹⁷

Devemos considerar que, no início do século XVII, houve uma inversão de polaridade entre as cortes de *common law* e as de equidade. Os tribunais de equidade, antes tão populares, passavam a dar guarida a pretensões absolutistas, supressoras dos espaços de liberdade política e religiosa. Já os tribunais do *common law*, de viés conservador, fizeram do apelo à tradição o escudo contra a autocracia então ameaçadora.

Mas a tese de ser a decisão de Coke em *Dr. Boham's case* o precedente para o controle de constitucionalidade merece reservas. Nessa decisão, ainda que destaquemos a afirmação da autoridade judicial, há uma conotação de subalternidade do direito estatutário, ao passo que em *Marbury v. Madison* a função judicial viria a ser a de colocar o *Estatuto Político Básico* – direito

⁹⁵ MIRANDA, J. *op. cit.*, tomo I, p. 130.

⁹⁶ Não podemos deixar de registrar as objeções de Hobbes às reflexões doutrinárias de Coke, publicadas no livro 2, capítulo 6 de *Littleton*, a respeito da *juris prudentia*, ou a sabedoria dos juizes, para mediante estudos, observações e experiências, alcançar a razão maior que não é letra, mas que deve ser aceita como lei superior ao registro escrito da vontade soberana do legislador. (v. HOBBS, Thomas, *op. cit.*, pp. 220-221).

⁹⁷ *Apud* GOYARD-FABRE, S. *op. cit.*, p. 211.

estatutário promulgado por um corpo legiferante/constituente -- como *paramount law*, valendo-se do recurso à equidade como instrumental adequado para tanto. Nessa oportunidade e nessa mesma linha de raciocínio, devemos divergir de Cappelletti, quando sustenta que a origem remota do controle estaria nas reservas apostas ao direito positivo frente ao direito natural de formação divina ou racional, posto que o texto constitucional dos EUA é propriamente uma proposta de positivação das teses do jusnaturalismo racional. Mas somos forçados a considerar seus ensinamentos sobre as reservas apostas aos *pséfismata* (decretos da Ecclesia) frente aos *nómoi* (leis aprovadas por ritos especiais), ainda que o Estado moderno não se possa comparar com o direito ateniense socialmente excludente e territorialmente restrito.⁹⁸

Marbury v. Madison é, assim, um marco exótico, por expressar a imbricação e desdobramento das duas ramificações do *judge-made-law* (tendo a *equity* por justificação e o *common law* como resultado) como supedâneo do direito estatutário fundamental: uma Constituição escrita, porém lacunar.

Na medida em que a judicatura norte-americana, mesmo antes da Independência, se fazia herdeira dessa amalgamação, que parecia recuperar os postulados da democracia ateniense de *isonomia*, *isaegoria* e *isotimia*, logrou obter de uma sociedade que solenemente repudiara o autoritarismo, o respeito e consideração, como anotaria mais tarde Tocqueville.⁹⁹ Ademais, pouco antes da separação das treze colônias já haviam sido trazidas a público -- e não eram desconhecidas de círculos intelectuais norte-americanos -- as reflexões de Montesquieu, a respeito, dentre outros temas, da conveniência política de magistrados independentes e imparciais¹⁰⁰. Cappelletti nos ensina que Montesquieu fora influenciado pelas decisões das cortes superiores de justiça (*Parlements*), quando essas afirmavam seu poder-dever “*d’examiner dans lês édits et autres lois qui nous sont apportés s’il n’y a rien de contraire... aus lois fondamentales du royaume*”¹⁰¹

Para assegurar a supremacia da Constituição o acórdão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison* afastou-se das técnicas referentes às normas e aos processos judiciais, conducentes à rigidez na operação analógica e à limitação

⁹⁸ CAPPELLETTI, M. *op.cit.*, p. 51.

⁹⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**, Livro I, trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 158. v. também MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 147 e ainda BRYCE, James. **American Commonwealth**, vol. II. New York: Macmillan, 1890, p. 511 e seguintes.

¹⁰⁰ MONTESQUIEU, B. *op.cit.*, pp. 102-105 e 181.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, M. *op.cit.*, p. 54-55.

nas interpretações (*common law*), aproximando-se, diversamente, de um sistema jurídico de maior grau de flexibilidade, que tinha seus antecedentes remotos nas equidades da *Court of Chancery*¹⁰². Entretanto, o veredito de Marshall absorveria do *common law*, tal como advogado por Coke, a ousada doutrina de altivez de um poder desarmado que não se submete à algaravia das maiorias parlamentares¹⁰³.

Beard, em capítulo sugestivamente bem intitulado de sua famosa obra, captou bem esse aspecto da justificação da técnica proposta no voto de Marshall:

“É à luz da situação política existente em 1787 que devemos investigar se o princípio do controle judiciário está em desarmonia com as finalidades da Constituição. Uma velha e venerável regra de exegese expressa por Blackstone prescreve que um documento deve ser interpretado “olhando-se a sua razão de ser e seu espírito, ou o motivo que levou o legislador a promulgá-lo...Deste método de interpretar as leis, considerando as razões que as motivaram, emana a chamada equidade. É possível, portanto, que o problema do controle pelo Judiciário seja um caso de ‘equidade’. Como a intenção direta dos autores e promulgadores não é claramente expressa, podemos invocar ‘a razão e o espírito’ da Constituição.

“Como mostra Blackstone em uma ilustração feliz, a razão e o espírito de uma lei só podem ser compreendidos mediante um inquérito das circunstâncias de sua promulgação. Assim também os propósitos íntimos da Constituição só os pode revelar o estado das condições e os sucessos que levaram à sua elaboração e promulgação” (Beard, 1965, cap. O Espírito da Constituição, op. cit., p. 91, negritos nossos).

Essa equidade, ou, no dizer de Berman, “consciência”, presente no voto conducente de Marshall, se, como dito, na incipiente prática judicial norte-americana simplesmente deu continuidade a procedimento assimilado das cortes inglesas, resgatava, como questão filosófica, problema posto por Aristóteles, que já descortinara a omissão e falha do legislador por excesso de simplificação, propondo, nesse caso, ser “*correto, onde o legislador é omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o pró-*

¹⁰² v. BERMAN, H. J., *op.cit.*, pp. 11-21.

¹⁰³ V. CAPPELLETTI, M. *op.cit.*, p. 60.

prio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão”.¹⁰⁴

Ainda que, recentemente, a Suprema Corte dos EUA, sob evidente influência doutrinária de escolas do “não-interpretativismo”, “textualismo” ou “convencionalismo” tenha declarado que as decisões fundadas no método da equidade somente devem ocorrer em raríssimas circunstâncias (*Marbury v. Madison* teria sido uma dessas circunstâncias, obviamente), até mesmo os juristas que se aferram na literalidade do texto constitucional concedem que há margem para que magistrados dêem conteúdo concreto a disposições constitucionais relativamente abertas, a ponto de consentirem em que “juízes não meramente descobrem o direito; eles o fazem”.¹⁰⁵

Em 1803, mais que assentar e alicerçar um precedente baseado em juízo de equidade, a Suprema Corte sedimentou-o, na acepção técnica corrente do termo. Abstendo-se de mais se pronunciar sobre a decisão, (encapsulando-a, como as espécies que admitem a forma de esporo), o tribunal postergou as tormentas que, num primeiro momento, tornam turvas as idéias, desnorteiam os operadores do direito e lançam insegurança quanto aos sentidos das normas, mas que, adiante, passadas as turbulências de primeira hora, caem, como sementes, em campo propício para invocação como precedente.

Com efeito, a própria Corte, entre 1803 e 1870, só viria a invalidar seis leis federais. Dessas anulações, quatro ocorreram na turbulenta década de 60 do século XIX, quando a composição do tribunal se mostrava contrária às orientações da administração de Abraham Lincoln¹⁰⁶. De 1803 até a Guerra Civil, tão somente dois atos do Congresso seriam declarados inconstitucionais¹⁰⁷ e, em

¹⁰⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nocômacos*, trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1992, p. 109. V. também BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

¹⁰⁵ DORF, M. *op. cit.* p. 28. Essa posição pode ser enquadrada dentro daquilo que Dworkin chama de “programas instrumentais do pragmatismo jurídico voltados para o futuro”. Esse autor sustenta a integridade entre “convencionalismo” e “pragmatismo”, rejeitando, “por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; (...) só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas ou nenhuma delas”. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271. Sobre as clivagens na aplicação do direito pelos juízes, ver também, na mesma obra, p. 425 e seguintes.

¹⁰⁶ CORWIN, E. S. *op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁷ Nos casos *McCulloch v. Maryland* (1819), *Dartmont v. Woodward* (1819), *Gibbons v. Odgen* (1824), as declarações de inconstitucionalidade proferidas pela Suprema Corte incidiram sobre leis estaduais.

conseqüência, anulados: um, no caso *Marbury v. Madison* e o outro, no caso *Dred Scott v. Sandford*, sendo que a decisão da Suprema Corte (Corte de Taney), nesse último caso, excludente do reconhecimento de cidadania para os afro-americanos e da liberdade para os escravos em geral é tida por estudiosos como um dos fatores de eclosão da própria Guerra de Secesão¹⁰⁸. Esse foi, por certo, o único debate fundamental sobre a Constituição, ocorrido nos Estados Unidos. Com o fim do conflito, a polêmica decisão viria a ser sepultada, com a edição das Emendas XIV e XV à Constituição norte-americana, pelas quais foram reconhecidas a liberdade para todos os escravos e a cidadania dos norte-americanos afro-descendentes.

Se a justificação para a sindicabilidade dos atos legislativos residia, nas palavras de Hamilton, na subordinação da representação política à vontade do próprio povo, insculpida na Constituição, quando a Suprema Corte denegou a *Dred Scott* o seu pleito de liberdade e cidadania, o que passava a ser posto em xeque era o próprio entendimento do Tribunal sobre a noção de povo, fundamento do cerceamento da ação do Poder Legislativo. Essa decisão marcou um descompasso entre os *Justices* e “o espírito de seu tempo” (Tocqueville) que já apontava no rumo da atualização e alargamento do conceito de povo e gerando, portanto, impulsos de mutação constitucional, no ponto fulcral da concepção do sujeito constituinte/constitucional.

Nesse período, colocavam-se na arena política dois projetos em disputa: de um lado, a burguesia dos Estados do Norte, em defesa da ampliação de um mercado consumidor interno (daí a reivindicação de abolição da escravatura) e do protecionismo alfandegário, como pressupostos para o desenvolvimento econômico lastreado na incipiente indústria nacional. De outro, os proprietários rurais sulistas, defensores do livre-cambismo, como facilitador da exportação de algodão e tabaco cultivados nas *plantations*, produtos, no caso, obtidos a partir da mão-de-obra escrava negra. Às forças nortistas somavam-se mo-

¹⁰⁸ Assim decidiui a Suprema Corte, neste caso, quanto a inconstitucionalidade da lei federal em questão, *The Missouri Compromise Act*: “The act of Congress, therefore, prohibiting a citizen of the United States from taking with him slaves when he removes to the Territory in question to reside is an exercise of authority over private property which is not warranted by the Constitution, and the removal of the plaintiff by his owner to that Territory gave him no title to freedom.” *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S (19 How). 393 (1857). v. SUTHERLAND, Arthur E. **Os Direitos Constitucionais das Minorias Raciais nos Estados Unidos**. In: BERMAN, Harold J. (org.). *op. cit.*, p. 84.

vimentos humanitários partidários dos socialistas utópicos (Cabet, Owen e Fourier) e correntes protestantes (metodistas em destaque), de sorte que as posições sulistas (sustentadas pela Suprema Corte) revelavam-se nitidamente em desvantagem, a partir dos enfoques político, ideológico e econômico.¹⁰⁹ *Dred Scott v. Sanford*, revelando-se, nesse contexto, uma decisão imprudente, daria margem ao que Tocqueville imaginava viesse a ocorrer, toda vez que a Corte Suprema, por suas decisões, se apresentasse em falta de sintonia com o corpo político hegemônico: a anarquia ou a guerra civil¹¹⁰. De fato, como assinala Rosenfeld, “o alto preço” da posição tomada pela Suprema Corte nesse caso foi o de “acelerar o mergulho do país em uma sangrenta guerra civil”¹¹¹, que ceifou mais de seiscentas mil vidas humanas.

Por todo o exposto, podemos concluir que, na sua gênese, a questão da supremacia da Constituição e outorga ao Poder Judiciário da prerrogativa de sustentar essa mesma supremacia não podem ser compreendidos meramente de uma perspectiva de formalidade constitucional. De certo, não devemos ignorar o escopo e a importância dos documentos como instrumento de diálogo para com as gerações futuras, tendo em vista os objetivos de certeza de sentido, estabilização e perenização de pactos políticos organizadores de uma comunidade estatal¹¹².

A Constituição norte-americana, realmente, se assim a considerássemos apenas por seu texto escrito, ainda que se destaquem os propósitos anunciados no preâmbulo, é evasiva no que pertine ao imperativo de limitação da ação dos governantes, notadamente o corpo legislativo.

A compreensão de que a Constituição seria mais do que aquilo que os representantes do povo registraram no papel fundou-se, e refunda-se, essencialmente, na aprovação de um grupo social a manifestar-se, por meio da prática política de reiterado consentimento, ao largo de anos ou gerações, à decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison*. Essa aquiescência dispôs e continua a dispor sobre o estatuto jurídico das palavras de uma corte acuada ao tempo da decisão. Palavras que, submetidas à publicidade, tiram sua força do próprio assentimento da sociedade.

¹⁰⁹ HUBERMAN, L. *op.cit.*, p. 154.

¹¹⁰ TOCQUEVILLE, A. de. *op. cit.* p. 170.

¹¹¹ ROSENFELD, Michael. **The Identity of the Constitutional Subject**. New York: Cardoso Law Review, Yeshiva University, January, 1995, p. 1076.

¹¹² Aliás, preocupações remotas, já manifestadas, por exemplo, pela plebe romana, em 450 A.C, com a edição da célebre *Lex Duodecim Tabularum* (Lei das Doze Tábuas).

Já aludimos às razões de primeira ordem para que não fossem suscitadas objeções ao veredito da Suprema Corte, logo após seu pronunciamento. Mas essas, por si só, não são bastantes para explicar sua prevalência e confirmação para a posteridade. Descartada a abordagem pelo ângulo da formalidade constitucional, cumpre-nos, agora, examinar outras bases que lastreariam o sucesso do instituto da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, a ponto de, mais tarde, explicitamente vir a ser inserido nos textos constitucionais de outros Estados, diferentemente do que se sucedeu com a inaugural experiência norte-americana.

CAPÍTULO II

LEGITIMAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Quando se pontua a questão da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, o problema remoto subjacente é o da autoridade do Poder Judiciário para exercer, nas palavras de Weber, a “dominação legítima”, isto é, a pretensão de “encontrar obediência para mandatos específicos”¹; no caso, o mandato judicial de censura da legislação incompatível com a Constituição. O núcleo do tema é, portanto, a obtenção (legitimação) e manutenção (legitimidade) da lealdade do destinatário do mandato.

Essa formulação, todavia, mostra-se insuficiente para razoável compreensão do fenômeno. Assinalemos, desde logo, que, em se tratando de uma análise da “autoridade judicial”, a legitimidade deve ser considerada como atributo do *Estado*, que consiste, no dizer de Bobbio, “na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos”².

Há, de fato, duas dimensões da manifestação de obediência, que devem ser assimiladas, tendo como referência básica a etimologia da palavra “estabilidade”, que é o escopo da supracitada obediência (mitigação do uso da força). “Estabilidade” vem de *stabilis* (firme, sólido, durável), que, por seu turno deriva de *stare* (estar de pé, estar firme). No momento em que falamos a respeito

¹ WEBER, Max. **Economia y Sociedad**, vol. 1. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 170.

² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. 2. Brasília: UnB, 1998, p. 675.

de con(st)ituição, identificamos nesse vocábulo a mesma raiz etimológica de Estado, na expressão (*sto*), o indicativo de firmeza³. Estado e Constituição refletem uma pretensão de estabilização, de afirmação/confirmação de algo.

O que seria esse algo que deve ser firme, por “consenso”? Uma das dimensões da obediência/estabilidade é situação fática de adesão que decorre, em última instância, da vinda ao nosso encontro de forma *impositiva* de um complexo cristalizado de convicções, que imprime “um sentimento que é um misto de entusiasmo e medo, e que provoca ao mesmo tempo veneração e pavor”⁴; a outra dimensão, seria a do procedimento de coordenação da ação de interlocutores a gerar o consenso em referência.

Para o presente estudo interessa-nos investigar os contatos entre ambas as dimensões (faticidade e validade), porque, conforme propõe a teoria discursiva, a prevalência do consenso sobre o dissenso pressupõe a concordância “pré-categorial” em torno do sentido da prática cotidiana e da experiência do mundo⁵. Para nossas reflexões, não é qualquer tipo de adesão que importa; se o consenso é “travestido”, isto é, imposto, avultam-se o uso da força ou os constrangimentos das distintas esferas de poder (Bobbio) e, em sentido inverso, esmaece a livre expressão de uma comunidade de homens autônomos e conscientes. Ora, se há algo que pode ser afirmado de forma peremptória é o fato de o controle judicial de constitucionalidade ter vingado nos EUA, na passagem do século XVIII para o século XIX, por vertentes outras que não o uso da força ou coações de outros tipos que levassem aquela sociedade a uma adesão irrefletida e passiva à prática de censura judicial dos atos legislativos. Por outro lado, não seria verificável qualquer consenso, sem interações prévias de estabilização de expectativas, pelo acervo comum de “certezas portadoras” e a “força de convicções aglutinadoras” (Habermas).

Essa preferência pela análise do consenso, levando-se em conta o patrimônio pretérito de concordâncias sedimentado pelo “mundo da vida” (Habermas) tem, portanto, sua razão de ser. Esse aspecto é particularmente intrincado e crucial para o exame da impugnação dos atos legislativos, nos regimes democráticos, pela autoridade de uma in(st)ituição que “não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força

³ Sobre essa reflexão, v. o verbete ‘*sto*’ em CRETELLA JÚNIOR, José e CINTRA, Geraldo de Ulhoa. **Dicionário Latino-Português**. São Paulo: Editora Nacional, 1956, p. 1170.

⁴ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 43.

⁵ *idem, ibidem*, p. 41.

nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa”, como sublinhou Hamilton⁶. A questão torna-se ainda mais complexa, quando a fundamentação de validade da autoridade, nas palavras de Wilson, “não é mencionada em nenhuma parte da Constituição” resultante da Convenção de Filadélfia. Esse conclave, como notou Berger, citado por Rakove, pouco tempo dispensara ao papel do Judiciário e despreocupou-se a tal ponto com o tema da revisão judicial, de forma a sugerir que “estavam diante de uma doutrina largamente aceita”, chegando ao paroxismo de “não procurar estabelecer seja o alcance do poder dos tribunais para declararem as leis inconstitucionais ou a base em que este poder devia ser exercido”⁷. Entretanto, já tivemos oportunidade de consignar não ter se tratado, naqueles tempos, de uma “doutrina largamente aceita”, embora não fosse um terreno francamente aberto a disputas.

Assim, podemos nos remeter ao exame daquela zona “fluida”, entre a “convenção” e o “direito” a que se reporta Weber, sem, todavia, precisá-la, ao passo que a teoria discursiva se mostrou mais capacitada para tanto. Para Weber, uma ordem legítima deve chamar-se “direito”, quando “está garantida externamente pela possibilidade da coação (física ou psíquica) exercida por um quadro de indivíduos instituídos com a missão de obrigar a observância dessa ordem ou de castigar a sua transgressão”. Por outro lado, uma ordem legítima deve ser considerada convenção “quando sua validade está garantida externamente pela probabilidade de que, dentro de um determinado círculo de homens, uma conduta discordante haverá de tropeçar com uma relativa reprovação geral e praticamente sensível”⁸.

A já relatada tibieza da Suprema Corte, quanto à exposição da decisão prolatada em *Marbury v. Madison* desautoriza-nos uma opção *ad limine*, no sentido de reconhecer, de forma resoluto, quer na legitimação “convencional”, quanto na também weberiana concepção de ordem legítima jurídica -- ou do “direito” --, o fundamento de validade do controle de constitucionalidade pela magistratura. Escolhendo uma ou outra vereda, depararíamos com

⁶ *op. cit.*, p. 479.

⁷ WILSON, James Q. *Ainda Funciona a Separação de Poderes?* RAVOKE, Jack N. *O Nascimento de uma Nação. Diálogo*, Washington, v. 21, n. 6, pp- 35 e 47, 1988. Para um estudo “arqueológico” da questão v. MADISON, James. *The Papers of James Madison*, vol. 2. New York: J & H.G Langley, 1841, especialmente p. 835, 855 e 1114.

⁸ WEBER, M. *op. cit.* p. 27.

a resposta negativa para a indagação, nas circunstâncias históricas descritas, de haver alguma garantia de obediência ao mandato, pela ação de um quadro pessoas aptas a impor o seu cumprimento (ordem legítima do direito), ou pela aprovação geral espontânea (ordem legítima convencional).

O controle de constitucionalidade se estabeleceu e afirmou-se nos EUA, dali irradiando-se para outros ordenamentos jurídico-constitucionais. No século XIX, sobreviveu, após a tragédia que sucedeu à descompassada decisão da Suprema Corte em *Dred Scott v. Sanford*. No século XX, resistiu ao avassalador domínio da maioria democrata nas duas Casas do Congresso e no Executivo, em 1937, resistência que se expressou de forma mais contundente na impressionante derrota da Reforma do Judiciário proposta por Franklin Delano Roosevelt (caracterizada pela manobra conhecida popularmente como “*packing the court*”), que tinha por fim espancar a onda de reverses sofridos pelo *New Deal*, com sucessivas decretações de inconstitucionalidade preferidas pela Corte Suprema, em relação a ações governamentais, sobretudo de intervenção no domínio econômico⁹.

Como isso pode ser explicado?

Analisando a doutrina weberiana, Habermas oferece um caminho explicativo, optando por uma saída de compreensão do fenômeno da legitimação como resultado da compatibilização da *convenção* e do *direito*. Diz ele:

“O consentimento, que pode ser suposto no agir ordenado legitimamente, modifica-se conforme o tipo das garantias internas e externas, que vêm juntar-se aos argumentos da legitimidade. Ele se apóia num amálgama de argumentos e motivos empíricos, os quais têm origens distintas: são deduzidos de narrativas míticas, de cosmogônias religiosas, de doutri-

⁹ *Court-Packing Bill* ou *Court Reorganization Plan*. Roosevelt pretendia fosse conferido ao Presidente dos EUA o direito de indicar um *Justice* a mais para a Suprema Corte, toda vez que um magistrado daquele tribunal, decorridos seis meses de seu septuagésimo aniversário, resolvesse manter-se no exercício de suas funções judicantes. V. SCIGLIANO, Robert. **The Supreme Court and the Presidency**. New York: Free Press, 1971, p. 4. GRIFFITH, Ernest. **The American System of Government**. New York: Frederick Praeger, 1962, p. 129. MARGOTTA, Roberto (org.). **Roosevelt**, trad. Luiz José Lima da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 1976, pp. 93-98. MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele. **História dos EUA**, tomo III, trad. Constantino Paleólogo. São Paulo: Melhoramentos, 1962, p. 171 e seguintes. SCHWARTZ, B. *op. cit.*, p. 144. MADDEX, Robert L (org.). **The US Constitution – A to Z**. **CQ’sReady Reference Encyclopedia of American Government**. Washington: CQ Press, 2002, p. 459.

nas metafísicas ou têm origem profana, resultado do uso pragmático-teleológico, ético ou moral da razão prática.

Nesta base mista de validade do consentimento que garante validade social a uma ordem e, assim, uma obediência prática a ser esperada, reflete-se a natureza ambivalente das instituições em geral. Interesses só podem ser satisfeitos a longo prazo, quando ligados a idéias que justificam pretensões de validade; idéias, por sua vez, somente podem impor-se empiricamente, quando unidas a interesses que lhes emprestam força impulsionadora”.¹⁰

Para responder a esse dilema, fazendo uso da metódica articulada habermasiana, precisamos ainda considerar os ensinamentos de Bobbio, quando sugere encarar o Estado sob um enfoque híbrido, sociológico, institucional e político, para compreensão dos patamares do processo de legitimação. Essa abordagem, sendo coerentes com o roteiro de Habermas, precisa conjugar idéias com interesses.¹¹ Assim, para captarmos o fenômeno da aceitação do controle de constitucionalidade, deveríamos examiná-lo como “resultado de um conjunto de variáveis que se situam em níveis crescentes, cada uma delas cooperando, de maneira relativamente independente, para a sua determinação”¹². O renomado jurista italiano oferece à consideração como variáveis que “constituem o ponto de referência da crença na legitimidade” a comunidade política, o regime e o governo.

Perquirindo esse itinerário, cumpre-nos indagar, pois, qual era aquela comunidade política, denominada por Canotilho como “povo alargado”, ou “nação de nações”, nas palavras do poeta Walt Whitman¹³.

O movimento revolucionário tornara-se viável na medida em que um ideário negativista lograra o intento de síntese entre rebeldes motivados por aspirações as mais distintas. A palavra de ordem de independência funcionara como denominador comum de insurretos motivados, uns, pela rejeição às políticas tributária e alfandegária da coroa inglesa, outros, pela recusa à nomeação para a América de bispos anglicanos ou ainda aqueles que insistiam

¹⁰ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 97.

¹¹ *idem, ibidem*, p. 98-99.

¹² BOBBIO, N. *op. cit.*, p. 676.

¹³ v. LERNER, Max. **Civilização Norte-Americana**, vol. 1º, trad. Manoel Ferreira. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960, p. 55. v. também OLSON, K. W. *op. cit.*, p. 18-19.

em desafiar a proibição real da marcha a oeste, com violação das reservas indígenas (constituídas após a incorporação de grandes extensões de terras tomadas à França e fechadas à colonização até que se ultimasse o inventário das novas possessões e se definisse um estatuto para os novos “súditos”, isto é, as nações aborígenes).

O fim dos atritos entre as colônias e a metrópole, com o reconhecimento dos Estados Unidos da América pela Grã-Bretanha, ao contrário de marcar o início de um tempo de estabilidade, firmou-se como termo inicial de um período de acirramento de rivalidades, confusão e conflitos sociais entre os próprios insurgentes.

Kramnick descreve bem essa época de perplexidades políticas¹⁴. Reproduzindo Hamilton, lembra que a “anarquia era iminente” e que o pacto confederativo nada tinha produzido além de “uma infinidade de minúsculas comunidades ciumentas, conflitantes, tumultuadas, infelizes viveiros de incessante discórdia”.

“No fim da guerra, – diz Kramnick – a maior parte dos Estados encontrava-se em séria crise financeira, tentando pagar dívidas e cobrar impostos vencidos havia muito tempo. Havia também estragos a reparar. Grande número de indivíduos, especialmente agricultores, estavam em dívida para com comerciantes, banqueiros e lojistas. Num Estado após o outro, os homens novos do legislativo aprovaram atos monetários, fornecendo dinheiro barato, leis que perdoavam os devedores, leis que revogavam contratos, leis que confiscavam a propriedade e leis que suspendiam as formas usuais de cobrança de dívidas. Os devedores pressionavam os legislativos por dois tipos especiais de legislação: “atos de pagamento”, que tornavam a terra ou produtos a preços fixos uma forma legal de pagamento de dívidas, e “leis de apoio”, que adiavam a cobrança dessas dívidas. Em 1786, sete Estados emitiram papel-moeda, com o qual os devedores eram estimulados a pagar seus credores.”¹⁵

Conquistada a liberdade, o que estaria dela disposto a fazer esse “povo”, com interesses específicos os mais variados e sem evocações simbólicas integradoras, a não ser a luta contra o inimigo comum?¹⁶ A construção de um sistema político confederado, já a partir de 1776, demonstrava a nítida opção

¹⁴ *op. cit.*, p. 12-21.

¹⁵ *idem, op. cit.*, p. 17.

¹⁶ V. SECKLER-HUDSON, Cathryn. **EUA: Um Governo pelo Povo**. Washington: Secretaria de Estado, 1951, p. 3.

pela via da descentralização, com fraca vinculação entre as treze colônias recém-libertas, agora treze Estados soberanos. Como assinalou Kramnick, uma vez mais, em brilhante introdução a recente edição dos *Artigos Federalistas*,

“os Artigos da Confederação e a política americana durante esses anos tinham duas características dominantes. O poder estava na periferia, nos diversos Estados separados. Nestes, o poder ficava concentrado sobretudo nos legislativos populares, em detrimento de qualquer compromisso com uma separação de poderes. De 1776 a 1787, a América, sob os Artigos, não passou de uma frouxa aliança de Estados soberanos e independentes.(...) A maioria dos americanos concordava com John Adams, que, referindo-se a esse período, escreveu: ‘ninguém pensou em consolidar este vasto continente sob um governo nacional’”¹⁷

Outro aspecto interessante ressaltado por Kramnick diz respeito à repulsa, pelos antifederalistas aos chamados princípios de “troca de uma sociedade comercial”, o que explica o desdém na satisfação dos créditos, fato que tanto irritava as classes detentoras de meios pecuniários. Consideravam a difusão do comércio e a remuneração do capital financeiros da cobiça, do individualismo, posturas que seriam incompatíveis com as virtudes republicanas de similariedade, familiariedade e fraternidade que identificavam e defendiam em suas pequenas comunidades. Diferentemente dos federalistas, não encontravam na doutrina lockeana fundamentos da dignificação cívica e moral que tanto apregoavam¹⁸.

Essa padronização advogada pelos antifederalistas curiosamente conduzia a uma tolerância para com as diversas formas de profissão do credo cristão (resguardada a uniformidade no âmbito das comunidades ou condados), mas um receio ante à irrestrita liberdade religiosa que tornasse a América um destino de emigrantes judeus, maometanos ou pagãos¹⁹.

¹⁷ *op. cit.*, p. 9.

¹⁸ *op. cit.* p. 57.

¹⁹ *idem, ibidem*, p. 56. v. também NEVINS, A. e COMMAGER, H. S. *op. cit.*, p. 40. Em pregação favorável à maior tolerância pronunciou-se George Washington em sua memorável **Letter to the Hebrew Congregation in Newport, Rhode Island**. (v. WASHINGTON, George. In: **Adventures in American Literature**. GEHLMANN, John e BOWMAN, Mary Rives (org.). New York, Chicago, Atlanta, Burlingame: Harcourt, Brace & World, 1958, p. 491. V. também BEARD, Charles. **American Government and Politics**. New York: Macmillan, 1915, pp. 18-19.

Quanto ao regime, no compasso do ideário e da *praxis* comunitarista dominante, prevalecia, entre os insurgentes norte-americanos uma política de nítidos matizes libertários presentes, no plano doutrinário, nos escritos de Rousseau. Os impulsos de pulverização da autoridade e de identificação da soberania popular no corpo legislativo – direto ou representativo – deli-neavam uma *praxis* política que se referenciava nos radicais liberais ingleses (*whigs*)²⁰ e era preconizada no *Contrato Social*²¹. A instituição de assembleias legislativas e de governos (meros comissariados daquelas) era vista como um “mal necessário”²², em face das dificuldades do exercício direto da soberania por todo o corpo de cidadãos livres, particularmente, a questão da eficácia normativa/operacional do poder soberano, isto é, da governança, ante as especificidades do conjunto de súditos (relação governante/governado) dificuldade que o próprio Rousseau já imaginara.

Predominava aquilo que Kramnick chama de “política da liberdade”, ou o que Habermas chama de “humanismo republicano”, em que a idéia de soberania popular seria expressão de uma auto-realização ética.²³ As menções a propósitos de centralização de poder eram vistas com fortes reservas, como objetivos despóticos e usurpação da liberdade individual e da autodeterminação coletiva, que tinha nos *town meetings* a sua melhor expressão²⁴.

No seio das populações prevalecia a repulsa a toda forma de governo. Em decorrência dessa posição, era nítido o domínio do legislativo sobre o executivo. Em New Hampshire e na Pensilvânia sequer se admitia a figura do governador.

²⁰ V. PAINE, Thomas. **Common Sense and Other Political Writings**. New York: Liberal Press, 1953, p. 51. Convém assinalar que os *whigs* foram afastados do poder, na Grã-Bretanha, desde o início das hostilidades, em 1775, não integrando, portanto, o gabinete liderado por Lord North. Apenas com a queda de North, em 1781, quando as forças britânicas passam a recuar em solo americano, é que os *whigs* retornam ao governo do primeiro-ministro Rockingham e se empenham na negociação do término dos embates.

²¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**, trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. V. especialmente, no Livro III, capítulo I, p. 135-142.

²² Como disse Thomas Paine: “a sociedade é produzida por nossas necessidades, e o governo por nossa maldade; a primeira promove nossa felicidade positivamente, unindo nossas afeições, enquanto o segundo o faz negativamente, impondo limites aos nossos vícios...Em todo o Estado, a sociedade é uma benção, mas o governo, mesmo no melhor dos Estados, é um mal necessário” (*op.cit.*, p.4).

²³ HABERMAS, J. *op.cit.*, p. 133-134.

²⁴ Tocqueville escreveria mais tarde: “Nas cidades, não se pode impedir que os homens se concentrem, se inflamem em comum, tomem decisões súbitas e apaixonadas. As cidades constituem como que grandes assembleias de que todos os habitantes são membros. O povo exerce aí uma influência prodigiosa sobre os magistrados, e muitas vezes executa sem intermediários sua vontade” (TOCQUEVILLE, A., *op. cit.* p.327). Ver também TAYLOR, H, *op. cit.*, p. 31.

Nas outras oito constituições esse era escolhido pela maioria do legislativo estadual. O ramo executivo, em seis Estados, não tinha nenhuma participação no processo legislativo e nas treze constituições estaduais constava expressamente a vedação de participação dos membros do Executivo no Legislativo. É certo que muitos Estados adotaram, na esteira das reflexões de Thomas Jefferson acerca da existência de uma “aristocracia natural”²⁵, um Senado, mas a câmara alta, no plano estadual, tinha um papel meramente consultivo.

Enquanto a guerra era travada, os problemas decorrentes dessa opção não vieram à tona com muita intensidade, não obstante fossem notórias as dificuldades de financiamento das forças lideradas por George Washington. A cessação das hostilidades britânicas em 1783 (Tratado de Paris) proporcionou cogitações no sentido da extinção do sistema confederativo, vale dizer, especulações na direção do aprofundamento das tendências de autogoverno por comunidades menores, tal como já houvera sido alardeado, em 1776, por Thomas Paine em seu folheto *Common Sense*²⁶.

As desregradas emissões de papel-moeda pelos Estados – diga-se de passagem em dissonância, desde 1781, com as disposições a esse respeito constantes dos Artigos da Confederação -- detonaram um processo inflacionário que, em vários pontos, ocasionou a completa suspensão do crédito e das atividades comerciais. As notas promissórias assinadas por soldados e oficiais, em face de suas necessidades de víveres, roupas e munições, não eram quitadas e não havia como levar a efeito a satisfação do crédito. Contra esse estado de coisas, os governos estaduais nada podiam fazer; cumpriam as diretivas emanadas dos legislativos, sem qualquer objeção²⁷. Os juízes e tribunais, via de regra, nessa etapa histórica, se sujeitavam às câmaras parlamentares, que, a par de definir mandatos e remuneração para os membros da magistratura, revisavam decisões judiciais, perdoavam dívidas e interferiam no regime de sucessões. Madison chegou a afirmar que “a inquietude que produziu a convenção” foi a rebelião no oeste de Massachusetts, liderada por um ex-capitão do exército de libertação, Daniel Shay, no outono e no inverno de 1786, que visava a impedir,

²⁵ A propósito v. SCHLESINGER JR., Arthur M. *Democracia e Liderança. Diálogo*, Rio da Janeiro, v. 21, n. 2, 1988, p. 24.

²⁶ V. PAINE, T. *op.cit.*, p. 6

²⁷ Sobre o estado das finanças públicas, v. SHAL, Daniel, *in: História das Américas*, vol. 8. LEVENE, Ricardo (org.). Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre: Jackson, 1945, p. 180 e segs.

pela força das armas, a reunião de tribunais em condados daquela região, os quais haviam sido provocados por comerciantes e banqueiros interessados na obtenção da tutela jurisdicional contra uma multidão de lavradores inadimplentes em obrigações de compra e venda e mútuos. Os líderes da rebelião foram condenados à morte, porém, mais tarde seriam anistiados ou teriam suas penas comutadas por sanções mais leves pela Assembléia do Estado de Massachusetts. Essa rebelião é mencionada em seis números de *O Federalista* e Madison, em carta dirigida a seu pai, sustenta que havia indícios de que o movimento comandado por Shay cogitava “de uma abolição das dívidas públicas e privadas, e de uma nova divisão da propriedade”²⁸.

Quanto à ação governamental, qualquer outra instituição que não fosse uma assembléia legislativa estadual/local, poderia ser definida como uma caricatura de exercício do poder. O 1º Congresso Continental instalado em 1774 tivera um papel circunscrito a ações diplomáticas, visando a reconciliação com a Grã-Bretanha. O 2º Congresso Continental, inaugurado em 1775 e que funcionou até 1788 (desde 1781 sob o nome de Congresso da Confederação), viveu o período de beligerância, vendo-se perante a realidade das hostilidades abertas. Em maio de 1776 recomendou às colônias que elaborassem suas constituições e dias mais tarde aprovou a *Declaração de Independência*, que proclamava a soberania dos novos treze Estados.

A forma confederada de Estado só veio a existir a partir de 1781, três anos após a aprovação dos *Articles of Confederation* pelo 2º Congresso Continental. Essa demora deveu-se à necessidade, para sua validade, da ratificação dos vários Estados, o que só ocorreu passado esse triênio.

É mister registrar que os Artigos da Confederação previam uma única instância supra-estadual (o Congresso da Confederação) apenas para a defesa do conjunto das trezes ex-colônias contra as nações estrangeiras, proteção dos menores Estados contra a ambição dos maiores, cunhagem de moeda (disposição desprezada pelos Estados, como vimos acima), contração de dívidas (comando igualmente ignorado pelos Estados) e organização do serviço postal, por delegação dos Estados. Compunha-se de uma representação igualitária dos Estados, sendo que as deliberações mais importantes exigiam a aquiescência de pelo menos nove unidades confederadas.

²⁸ cf. Kramnick, *op. cit.*, p. 20.

Caetano descreve o pífio papel desempenhado pelo único órgão de exercício da política no plano da associação dos Estados, o Congresso da Confederação:

“O Congresso não podia fazer leis: apenas aprovava recomendações aos governos dos Estados confederados para estes legislarem num ou noutro sentido. Não havia também um órgão executivo da Confederação distinto do Congresso que, como assembléa dificilmente conduzia os negócios com a decisão, a energia e a prontidão necessárias. De resto não tinha receitas próprias (e sem dinheiro não há poder político eficaz) nem possuía meios de fazer respeitar as suas deliberações quando os Estados as não acatassem.”²⁹

Segundo Washington, o herói da Independência, citado por Kramnick, os Artigos da Confederação tinham produzido “um governo semifaminto, coxo, que parece estar sempre andando de muletas e claudicando a cada passo”³⁰, o que fazia das funções fundamentais do Congresso da Confederação de resguardar os Estados associados contra a agressão estrangeira e conter os Estados maiores no avassalamento dos menores uma quimera.

Assim, verificamos que se instaurava uma gama de divergências entre campo e cidade, centro e periferia, litoral e fronteira e entre classes sociais: de um lado, a maioria, composta de pequenos proprietários rurais, soldados e oficiais de menor escalão, autodenominados *democratas*, e de outro, a minoria de comerciantes e banqueiros, acercados de profissionais liberais e outras camadas sociais urbanas, considerados por seus antagonistas como a *aristocracia*; uma divisão, em suma, polarizada entre devedores e credores (cf. *Madison*, artigo 10, *Federalista*). Evidentemente, uma simplificação aqui não pode ser considerada como generalização; entre os antifederalistas/democratas encontravam-se homens ricos (Mason, Winthrop, Lee, Gerry), assim como entre os federalistas poderiam ser listados pequenos artesãos descapitalizados, como Samuel Adams, herói da Independência.

Era patente, nos conflitos sociais, uma antinomia entre as leis, expressões das múltiplas vontades gerais soberanas e as imploradas garantias de proteção do indivíduo, notadamente o detentor de posses. Daí ter Hamilton antevisto a iminência da anarquia, ou, se quisermos, de um estado de anomia, em face de

²⁹ CAETANO, M. *op. cit.*, p. 95.

³⁰ *Op.cit.*, p. 12.

resistências ao primado da soberania popular como justificação dogmática da supressão de tutelas individuais, consubstanciadas, especialmente, no direito de propriedade e na exigência de cumprimento das pactuações contratuais.

Havia, ademais, o problema de tarifação do comércio exterior e interestadual. E essa não é uma questão de somenos importância, pois o comércio – disse-o Moore – “é um fato óbvio que pode gerar elos entre os diversos setores de um país”³¹. Havia pouca tradição comercial entre as antigas colônias, que se reportavam, primeiramente, nas transações mercantis, à metrópole.

No plano externo, os novos Estados soberanos começavam a sentir o peso da independência nas suas relações comerciais com a antiga “Pátria-Mãe”. As vantagens das ex-colônias na exportação de mercadorias haviam cessado. Os produtos norte-americanos que procuravam os mercados na Grã-Bretanha passaram a sujeitar-se ao mesmo regime aduaneiro estabelecido para os demais parceiros comerciais do Império Britânico³². Não bastassem essas dificuldades, os credores externos que haviam financiado o esforço de guerra, especialmente as casas bancárias holandesas e francesas, estavam a cobrar a satisfação das dívidas contraídas, exigíveis e não pagas em datas apazadas.

Eram ainda notórias as dificuldades entre os Estados, para se comporem em relação à reciprocidade na tributação do comércio interestadual. Estados economicamente fortes e fracos se contrapunham. Esse, aliás, foi o motivo da convocação, por inspiração de Madison, da fracassada convenção de Annapolis (Maryland), no verão/outono de 1786, à qual só compareceram cinco Estados e doze delegados. Essa reunião, frustrada em seu objetivo de solucionar os conflitos do comércio interestadual, serviu de motivação, por inspiração de Hamilton, para a convocação de outra convenção, a realizar-se no verão seguinte, na Filadélfia. Segundo o texto firmado pelos delegados presentes em Annapolis essa nova convenção deveria “considerar a situação dos Estados

³¹ MOORE, Barrington. **As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia: Senhores e Camponeses na Construção do Mundo Moderno**, trad. Maria Ludovina F. Couto. Lisboa: Cosmos, 1975, p. 173.

³² As exportações concentravam-se sobretudo na venda de tabaco. Até 1786 o algodão não era produzido comercialmente, mas passaria a sê-lo rapidamente com o advento da Revolução Industrial na Inglaterra e o crescimento da demanda por essa matéria-prima básica. O cultivo era empreendido sob o regime de *plantation*. Somente a partir de meados da década de 1790 os EUA tornam-se altamente competitivos na exportação de algodão para a indústria têxtil inglesa, fato que é atribuído à “verdadeira revolução no processo produtivo” ocasionada pela introdução da descaroçadora de algodão, patenteada em 1793 por Ely Whitney (cf. TEIXEIRA, A. *op. cit.*, p. 159). V. também MOORE, B., *op. cit.*, pp 141-189.

Unidos e elaborar os dispositivos que lhes pareçam necessários para tornar a Constituição do Governo Federal adequada às exigências da União”³³.

O Congresso da Confederação endossou essa convocação, deixando, todavia, explícito que a tarefa dos convencionais limitar-se-ia a revisar os Artigos da Confederação. Ainda assim, podia-se perceber a conformação de uma força política centrípeta que sensibilizava tanto os aristocratas, desejosos de conter o que consideravam os “abusos” da democracia direta, do assembleísmo e sua desmedida legiferância, como parcelas dos democratas que percebiam os percalços de um regime de amplas franquias para os endividados a gerar entraves à produção de riqueza e sua apropriação, em parte, pelo poder público, o que, em decorrência, inviabilizava a própria soberania.

Esse apoio da única instituição supra-estadual, teria sido fundamental para a legitimação do trabalho da Convenção de Filadélfia, a tal ponto de Hamilton, no quadragésimo *Paper* dos *Artigos Federalistas*, ter se dedicado com denodo ao tema. De fato, como apontou Comparato, o princípio legitimador da constituição americana de 1787 “foi muito mais a idéia federativa do que a idéia democrática”³⁴. O interessante é que, em sintonia com idéias que seriam preconizadas por Sièyes em 1789, os militantes da centralização opunham à soberania popular retalhada em diminutas comunidades, *a la* Rousseau, a idéia da soberania *nacional*, forjada por instituições de representação política, integradoras de toda a comunidade ocupante do território dos Estados Unidos³⁵. Entretanto -- nisso reside um traço marcante a distinguir o poder constituinte norte-americano daquele concebido na Revolução Francesa --, os advogados da convenção ignoravam a noção de Nação como poder originário, autônomo e onipotente, da qual haveria de derivar a representação que expressaria a soberania nacional.

³³ *op.cit.*, p. 21.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33. Essa assertiva já podia ser confirmada com a decisão da Suprema Corte em *McPherson v. Blaker*, 146 US, 1 35 (1892). Entrementes, a recente decisão da Suprema Corte no *writ of certiorari* “*George W. Bush v. Albert Gore Jr*” (2000), reafirmou -- para espanto da opinião pública nos Estados democráticos e consentimento dos norte-americanos -- que os cidadãos dos EUA não possui um direito constitucional federal à escolha dos eleitores do Presidente da República.

³⁵ SIÈYES, E. **Qu’est-ce que le tiers état?** *apud* GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 184.

Nessa altura, igualmente, impõe-se-nos distinguir o movimento constituinte norte-americano da histórica progressão do constitucionalismo inglês. É inequívoco que parte dos norte-americanos procurava reafirmar, documentalmente, a tradição britânica de garantia das liberdades negativas. Porém, a revolução na América eclodira, em certa medida, em contraposição à “tirania” do Parlamento inglês (aspecto alimentador da simpatia por Coke entre os americanos) que determinara o lançamento de impostos contra os colonos, sem a contrapartida de representação. Esse acontecimento, repudiado pelos revolucionários, impunha a tarefa de engenhar um novo arcabouço para o exercício do poder político que, sem descartar a reafirmação de direitos oponíveis à autoridade, desse conta de evitar a onipotência do legislador, fato que, como anotamos, já grassava em solo norte-americano.

Essa decisão fundacional³⁶, que se gestava e processava com a convocação, preparativos e instalação e deliberação da Convenção da Filadélfia tinha suas fontes em outras paragens que não na soberania nacional, o que se manifestaria, diversamente, por exemplo, na Revolução Francesa. Essa autoridade repousava nos povos dos treze Estados; os setenta e quatro convencionais que deveriam tomar assento nos debates e deliberações em Filadélfia (somente cinquenta e cinco compareceram), haveriam de representar doze Estados (Rhode Island recusou-se a participar) e por suas respectivas câmaras legislativas seriam escolhidos. Em momento algum cogitou-se da conclamação de toda a *Nação*, para que essa elege-se seus representantes àquela convenção. Estamos aí diante de uma singularidade: a convenção deveria registrar num documento escrito um conjunto de regras invioláveis que afirmasse a autoridade ou poder político supremo de um povo, em sentido amplo, que, a rigor, não era instado, naquelas horas de crise, a definir sua representação, somente pela qual, segundo Sièyes, poderia ele, o povo, falar e agir. Essa contradição não escapou à crítica dos que se opunham à Constituição. Patrick Henry, ao sustentar a rejeição da ratificação na convenção da Virgínia, assim impugnou o Preâmbulo do texto aprovado na Filadélfia:

“Que direito tinham eles de dizer: ‘Nós, o povo?’. Deixando de lado minha ansiosa solicitude pelo bem-estar público, minha curiosidade me leva a perguntar: quem os autorizou a falar a linguagem do ‘nós, o povo’, em vez de ‘nós, os Estados’? Os Estados são as características e a alma de uma Confede-

³⁶ Sobre a natureza ímpar, “rara” dessa decisão do “povo”, v. ACKERMAN, Bruce. **We the People, Foundations**. Cambridge: Harvard Press, 1991, p. 6.

ração. Se os Estados não forem os agentes desse pacto, ele será um grande Governo Nacional consolidado do povo de todos os Estados.”³⁷

Com efeito, só a evocação de uma Nação proporcionaria a seus representantes deliberar sobre regras vinculantes, destinadas ao conjunto dos governados, assentados numa circunscrição, nas palavras de Adams, “consolidada do vasto continente”. Excluídos, de imediato, os indígenas e os escravos, para além das identidades linguística e, em alguma medida, étnica, não havia muita coisa a dar liga àquele “povo (ou, talvez, povo(s) alargado(s)”. As divergências na prática do cristianismo pareciam ser muito mais acentuadas que as presumíveis concordâncias, em razão da origem comum de fé nos ensinamentos do Velho e do Novo Testamento.

Mas, não se podia apagar da memória um elo fundamental: o compartilhamento da aventura revolucionária que fazia desse agregado de populações, sem um norte comum, um sujeito ativo -- havia mais de uma década -- de construção, pelo pacto de solidariedade, do brio de sua própria história, marcada pelo desejo comum de liberdade a sobrepor-se ao risco da vida. Talvez por isso houvesse preocupação com a radicalidade de uma representação *nacional*, o que pode ser aferido com os cuidados relativos às condições do processo de escolha dos convencionais, para não falarmos dos limites demarcados pelo Congresso Confederado, quanto à natureza do mandato outorgado aos delegados³⁸.

Para que possamos compreender qual a real substância que cimentaria essa estranha coesão, vale repetir as reflexões de Habermas, sobre o “povo” como fonte de poder político, a partir das contribuições de Arendt:

“Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontade opostas, e sim, o potencial de uma vontade comum formada numa comunicação não coagida. Ela instaura um confronto entre “poder” e “violência”, isto é, entre o poder de uma

³⁷ v. apresentação de Kramnick, *op. cit.*, p. 24.

³⁸ Quem descortina um vasto campo de estudo sobre esse problema é Friedrich MÜLLER, com seu conceito de povo *icônico*. V. *Fundamentos Atuais da Democracia: Cidadania e Participação*. In: **Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília: OAB, 1996, p. 57 e seguintes. Ou, do mesmo autor, a mesma reflexão em *A Questão Central da Democracia: Quem é o Povo?* In: **Livro de Teses da XVI Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília: OAB, 1996, p. 7 e seguintes.

comunicação voltada ao entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha em proveito próprio: “o poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinção com eles! Tal poder comunicativo só pode formar-se em esferas públicas, surgindo de estruturas da intersubjetividade intacta de uma comunicação não deformada. Ele surge em lugares onde há uma formação da opinião e da vontade, a qual, junto com a liberdade comunicativa que permite a cada um “fazer uso público de sua razão em todos os sentidos”, faz valer a produtividade de um “modo de pensar mais amplo”. Este tem por característica “que cada um até o seu juízo ao juízo de outros possíveis, e se coloca no lugar de cada um dos outros”.

*Para Hannah Arendt, o poder político não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente; ele é, ao invés disso, uma força **autorizadora** que se manifesta na criação o direito legítimo e na fundação de instituições. Ele manifesta-se em ordens que protegem a liberdade política, na oposição às repressões que ameaçam a liberdade política a partir de dentro ou de fora, principalmente nos atos instauradores de liberdade “que dão vida a novas instituições e leis”. E ele surge do modo mais puro, nos instantes em que revolucionários assumem o poder que está na rua; quando as pessoas decididas à resistência passiva opõem-se aos tanques estrangeiros, tendo como armas apenas as mãos; quando minorias convencidas não aceitam a legitimidade das leis existentes e se decidem à desobediência civil; quando, em meio aos movimentos de protesto, irrompe o “puro prazer de agir”. Tomando como modelo a força constituinte da Revolução Americana, Hannah Arendt revolve os diferentes eventos históricos a fim de farejar sempre o mesmo fenômeno da relação íntima entre o poder comunicativo e a produção do direito legítimo”.*³⁹

Entretantes, os acirrados conflitos sociais e interestaduais faziam submergir o *mainframe* da *Nave-República* americana e deixavam vir à tona fendas, renunciando a cizânia.

Certamente que o modelo de *poder constituinte* que se deixava fluir entre agentes políticos americanos não preencheria condições hodiernas de uma dogmática-constitucional, para que, como tal, pudesse ser considerado. Nos procedimentos decorrentes da reunião de Annapolis, no verão de 1786, não identificamos a exurgência de um processo evolutivo/constitutivo de

³⁹ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 187-188. A mesma passagem é objeto de instigante reflexão de PREUSS, Ulrich K. *Communicative Power and the Concept of Law*. In: **Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges**. New York: Yeshiva University, 1996, p. 1185.

poder político que extraísse a sua titularidade da Nação. Essa Nação só poderia ser encontrada num povo que, considerado no amálgama de sua pluralidade (origem, crença religiosa, convicções filosóficas ou políticas, sexo, raça, formas de organização, entre outros), se compreende como uno ou coeso, pela experiência de galhardia, dignidade e afeto acumulada no curso de seu próprio soerguimento como ator político; pelas expectativas uniformes para o futuro e pelo entendimento, entre pessoas que se vêem como iguais, sobre os ritos de regulamentação de todos os assuntos de interesse comum, por meio da conversa mútua e do convencimento recíproco. Ademais, o roteiro constitucionalizante americano anunciava-se como poder revisional e limitado – e não originário e onipotente –, e, outrossim, sujeito à homologação pelos Estados – e não autônomo.

Revolvendo os eventos que marcaram a Revolução Francesa, logo após, verificamos a distância do pensamento e prática entre os experimentos constituintes dos dois lados do Atlântico. Seriam as objeções ao esquema americano sinais de um “vício de origem”? Mesmo sob um olhar dogmático a resposta deve ser devidamente sopesada. Se nas constituições há pretensões de supremacia normativa (*paramount law*), de rigidez e perenidade, são inquestionáveis, nesse aspecto, o sucesso norte-americano e as desventuras francesas⁴⁰. A Revolução Francesa seguiu à risca – e o inseriu no texto constitucional edificante da nova ordem não-estamental – o receituário de legitimação da onipotência da assembléia parlamentar ou “estado legicêntrico” (Canotilho), como expressão da soberania de uma Nação configurada por homens livres e iguais. Diferentemente, buscaram os americanos construir uma ordem política fulcrada no primado da limitação dos espaços de manobra das autoridades que seriam investidas de poder.

Essa preocupação, entre a assinatura do Tratado de Paris (1783) e a reunião de Annapolis (1786), ainda não se anunciava em ensaios teóricos de ampla divulgação. Poucos anos mais tarde, Benjamin Constant, debruçando-se sobre as ocorrências que se seguiram à Revolução Francesa, apesar de reconhecer a soberania popular como “um princípio universal da política”, alertava sobre

⁴⁰ Fazendo uso de conceitos trabalhados por MÜLLER, (*op. cit.*, p. 57) podemos sustentar que os *déficits* de caracterização do “povo ativo”, como sujeito constituinte viriam a ser compensados pelo “povo” como instância global de atribuição de legitimidade democrática, na medida que justifica o ordenamento jurídico como *democrático* aceitando globalmente esse ordenamento, não se revoltando contra ele.

a necessidade e urgência de “conceber sua natureza e determinar bem sua extensão”, pois, “caso se atribua a essa soberania uma latitude que não deve ter, a liberdade pode ser perdida apesar desse princípio ou por esse princípio”⁴¹. É, portanto, plausível admitir, que, mais que a influência teórica, a própria experiência estaria a ensinar aos norte-americanos de todos os quadrantes que não seria viável prosseguir naquele modelo institucional. Dessa maneira, forçoso é alinharmos-nos, neste particular, com Jellinek, quando afirma que a noção de soberania pertence, antes de mais nada, às categorias históricas.⁴²

Locke e Montesquieu já haviam advertido que a adoção de mecanismos monocráticos de governo expunham o regime absolutista à necessidade de recorrência a meios violentos para barrar reações subversivas, destruidoras das instituições e dos padrões de convivência societária.⁴³

O desafio que se colocava, todavia, naquele momento, deve ser avaliado sob outra perspectiva: tinha como ponto de origem os riscos da soberania popular que os ventos da Independência contrapunham ao absolutismo monárquico, com a peculiaridade de residir, no caso da vida política dos Estados Unidos da América, em sua expressiva aspensão, a “caixa de pandora” da latente reação dos grandes comerciantes, banqueiros e lojistas. Convém, neste passo, reproduzir os registros de Rakove sobre a questão:

“Na Inglaterra, França e Espanha, os conselheiros reais aguardavam particularmente interessados na convenção de Filadélfia, porque se não fosse formado um governo efetivo, os colonizadores americanos nas terras a oeste dos Apalaches poderiam cair em sua órbita. Mesmo depois da adoção da Constituição, escreveram os historiadores Samuel Eliot Morison e Henry Steele Commager, ‘muitos observadores europeus acreditavam que a história da União Americana seria curta e turbulenta’”⁴⁴.

Quando Madison, no 47º ensaio dos *Federalist Papers*, fez explícita referência à necessidade de arrefecimento do poder, pela fórmula sugerida por

⁴¹ Citado por GOYARD-FABRE, Simone, *op. cit.*, p. 188. Essa preocupação, mais tarde, também faria parte das reflexões, entre outros, de Burke e Rehberg, em seus respectivos estudos sobre a Revolução Francesa. No campo filosófico, é possível sustentar, com base na *Crítica da Razão Pura*, que o pensamento de Kant caminhasse no mesmo rumo, a partir de sua tese de que as idéias da razão não devem ser tomadas como valor objetivo, servindo apenas como princípios reguladores para a construção do entendimento.

⁴² JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: O. Häring, 1905, p. 126 e 144.

⁴³ LOCKE, *op. cit.*, §§ 199 ss; MONTESQUIEU, *op. cit.*, livro XI, cap. VI, p. 180 ss.

⁴⁴ V. HAMILTON, A. *Os Artigos Federalistas*, *op. cit.*, p. 60. V. também RAKOVE, Jack N. *O Nascimento de uma Nação*. **Diálogo**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, 1988, p. 35. Permitimo-nos, nesse ponto, uma

Montesquieu, não professava seu credo em razão de um combate a uma monarquia absoluta. Sua preocupação voltava-se para os riscos da “tirania da maioria”, a partir da concentração de poderes nas assembleias parlamentares dos Estados, sendo certo que Montesquieu já havia cogitado dos desdobramentos

pequena dissertação lateral sobre o tema da soberania nacional. Afiliamo-nos aos que afirmam que, na sua origem, o Estado Nacional não se caracteriza por uma uniformidade de seu povo. A história de Portugal, que é tido como o primeiro Estado Nacional, é marcante no sentido da confirmação dessa assertiva (v. OLIVEIRA MARTINS. **A História de Portugal**. Lisboa: Guimaraes & Cia., 1972). A consolidação desses entes, a rigor, só se daria no século XVII, com a criação de um *sistema de Estados modernos mutuamente reconhecidos por seus membros, tendo por pressuposto a existência de uma única autoridade política com domínio exclusivo de um território definido*.

Esse sistema é instaurado com o Tratado de Westphalia (*Westphalia Friede*), em 1648. A partir de então governos “estrangeiros” deixam de apoiar seus correligionários ou simpatizantes em conflitos com seus próprios Estados. Convém recapitular as motivações desse pacto. No século XVI, mais precisamente desde 1517, uma Alemanha pulverizada em feudos (*Länder*) estava também fundamentalmente dividida entre os apoiadores da Igreja Católica e o movimento da Reforma. Em 1522 eclode a Revolta dos Cavaleiros do *Reich*; em 1525 a Rebelião dos Camponeses, os dois primeiros processos revolucionários alemães, nos quais unificavam-se reivindicações políticas e sociais.

Essa onda de inquietações só viria a ser superada em 1555, com a assinatura da Paz Religiosa de Augsburg (*Augsburger Religionsfriede*), na qual se assentou que os senhores feudais, os *Fürsten* (Príncipes Eleitores), teriam o direito de determinar a religião de seus súditos; a confissão protestante foi igual e oficialmente reconhecida, com o mesmo *status* a confissão católica. No instante da assinatura desse tratado, quatro quintos da Alemanha vinculavam-se ao protestantismo. A luta, porém, entre confissões não havia terminado. Nas décadas seguintes, a Religião Católica recupera várias regiões; os antagonismos aprofundam-se; formam-se partidos religiosos (A União Protestante, em 1608 e a Liga Católica, em 1609), até que um conflito localizado na Boêmia, em 1618, deflagra a Guerra dos Trinta Anos, que, no curso das décadas, amplia-se para um conflito europeu, que só se encerra com o Tratado de Westphalia. Nesse pacto vem à baila, pela primeira vez, o princípio da “não-intervenção”. Pode-se, pois, dizer que o Estado moderno não adquiriu o monopólio da governança por seus próprios esforços internos, mas por um largo concertamento internacional.

O reconhecimento mútuo, pelos Estados, da soberania de cada um dos outros no mais importante assunto da época – a religião – significava a renúncia recíproca a certos objetivos políticos em troca do controle e estabilidade internos. Destarte, a efetiva existência do Estado moderno só pode ser concebida dentro de um sistema de coexistência de Estados que se comprometem comutativamente a respeitar a gerência de negócios internos. O atributo estatal da soberania não deve ser reconhecido como algo apartado desse sistema; em alguma medida, a capacidade de soberania veio de *fora*, por meio de acordos entre Estados, na recém-emersa sociedade de Estados.

Tomado, à guisa de ilustração, o exemplo português acima citado, em que o Condado Portucalense se firma a partir do reconhecimento de vários feudos no território ibérico, realmente a noção de um Estado-Nação só encontra fundamento na existência desse poder soberano sobre um determinado espaço territorial aceito pelas relações de vizinhança. E o elemento *soberania* só se respalda no concerto das tratativas multilaterais que tornaram possível uma internalização do poder e da política no seio do Estado. Desta maneira, desde os primórdios, o Estado Nacional soberano não se manifesta como algo endógeno e autônomo, mas como intrinsecamente atado a um complexo de interações mútuas, limitadas pelo reconhecimento recíproco e pela obrigação de não interferir nos assuntos internos de outros Estados.

da reunião de poderes, no sentido do despotismo, não apenas no âmbito da monocracia, como também em contextos de exercício do mando político por corpos colegiados⁴⁵.

“A acumulação de todos os poderes, -- explicava Madison -- Legislativo, Executivo e Judiciário, nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser proclamada como a própria definição de tirania”⁴⁶.

Prosseguindo no tema, Madison, reproduziria no artigo 48 dos “Federalistas” as anotações de Jefferson sobre a questão, publicadas em *Notes on State of Virginia*, no que elucidava de vez a posição de ambos sobre a matéria:

“Todos os poderes governamentais, legislativo, executivo e judiciário, acabam por recair no corpo legislativo. A concentração desses poderes nas mesmas mãos é precisamente a definição do governo despótico. O fato de serem exercidos por uma pluralidade de mãos, e não por uma única, não melhora nada. Cento e setenta e três déspotas seriam sem dúvida tão opressivos como um só. Os que duvidam, que voltem seus olhos para a república de Veneza. O fato de eles serem escolhidos por nós também não adianta muito. O despotismo eletivo não é o governo por que lutamos; lutamos por um que não somente seja fundado em princípios livres, mas em que os poderes de governo sejam de tal modo dividido e equilibrados entre vários corpos da magistratura que nenhum deles possa transgredir seus limites legais sem ser efetivamente controlado e restringido pelos outros. Por esta razão a convenção que sancionou o regulamento do governo lançou seus fundamentos sobre esta base, a de que o legislativo, o executivo e o judiciário seriam independentes e distintos, de modo que nenhuma pessoa exerceria os poderes de mais de um deles ao mesmo tempo. Nenhuma barreira foi erguida, porém, entre esses diversos poderes. Os membros do judiciário e do executivo foram deixados na dependência do legislativo para sua subsistência nos cargos, e alguns para sua permanência neles. Portanto, caso o legislativo se arrogue poderes executivos e judiciários, não encontrará provavelmente nenhuma oposição; tampouco pode esta, se existir, ser eficaz. Isto porque, ao fazê-lo, o primeiro pode pôr suas medidas na forma de atos da Assembléia, o que as torna compulsórias para os outros poderes. Assim, em muitos casos, o legislativo decidiu direitos que deveriam ter sido deixados à controvérsia

⁴⁵ v MONTEQUIEU, C. B. *op. cit.*, 2ª. parte, Livro XI, Capítulo VI, p. 181.

⁴⁶ MADISON, J. *op. cit.*, p. 332.

judiciária; e o controle sobre o executivo, durante todo o período de uma legislatura, está se tornando habitual e familiar.”⁴⁷

Não fazemos esse registro, nessa altura, aleatoriamente.

Voltando ao roteiro sugerido por Bobbio, quanto ao processo de legitimação, cabem aqui algumas considerações sobre a prática de governo, para efeito de consolidação do controle de constitucionalidade como paradigma que se legitima. A decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison*, acordada 1803, em pleno Governo Jefferson, com sua maioria parlamentar republicana foi, de fato, o vestibulo do grande teste (ou “experimentação”, nas palavras de Habermas) sobre a observância consensual da tese de limitação da ação governamental. Já discorreremos sobre os atritos entre os federalistas e republicanos nas eleições de 1800. É importante destacar que Jefferson tinha fundas simpatias com as orientações de descentralização. Em 1795, no início do segundo mandato presidencial, rompeu com a grande coalizão que dava estabilidade ao governo de George Washington e de seu vice, John Adams, renunciando ao cargo de Secretário de Estado. Com isso, sinalizava sua oposição às medidas centralizadoras de Hamilton, à frente da Secretaria do Tesouro, notadamente a capitalização do Banco Central (originalmente, *Bank of the United States*, criado em 1792, hoje *Federal Reserve*), com a taxação de produtos estrangeiros. Essa taxação era vista pelos distritos agrícolas sulistas e mais ocidentais como protecionismo em favor de industriais nortistas e oneração da produção rural, não devendo ser esquecido que os Estados sulistas buscavam se relacionar comercialmente, em primeiro lugar, com a Europa. Novamente exacerbavam-se conflitos entre cidades e fazendas, aristocratas e democratas. Discordando dessa deliberação Jefferson, rompe com os federalistas, tornando-se, naturalmente, o líder dos antifederalistas, mais tarde conhecidos como republicanos. Nessa nova opção política seria acompanhado por alguém muito mais próximo dos federalistas do que ele próprio: James Madison.

As desavenças prosseguiriam no governo seguinte, de John Adams. Sua administração, dando continuidade a orientação adotada na Gestão Washington de reaproximação com a Grã-Bretanha, afastamento dos franceses revolucio-

⁴⁷ MADISON, J. *op. cit.*, pp 340-341, destaques do autor.

nários e neutralidade na guerra entre ambos, enfrentava forte oposição dos antifederalistas (republicanos), que contrapunham a essa política as excelências do Poder Executivo em forma colegiada, o Diretório, previsto na Constituição Francesa de 1795. Esse mesmo Diretório era considerado por partidários de Adams como “corrupto”, o que excitava ainda mais os anti-federalistas.

As agitações desse período conduziram à edição da Lei dos Estrangeiros (*Aliens Act*), visando coibir as campanhas de exilados irlandeses contra a Grã-Bretanha e a Lei de Sedição (*Sedition Act*) que anteriormente examinamos, não tendo a vigência dessas normas dado cobro às ameaças de revolta de indignados defensores da ampla liberdade de expressão, que, como dissemos alhures, já estava incorporada na Constituição pela Emenda I, proposta pelo Congresso a 25 de setembro de 1789 e ratificada por um número suficiente de Estados em 15 de dezembro de 1791.

Jefferson, por outro lado, mostrava-se vacilante sobre a questão da autoridade judicial para fazer valer a supremacia da Constituição. Em 1786, em carta dirigida a Meunier, apontara a inconstitucionalidade de um estatuto aprovado pela Assembléia Legislativa de Virginia, à luz da Constituição daquele Estado, defendendo, outrossim, o direito dos juizes de declará-lo nulo⁴⁸. É conveniente observar que, ainda que tenha anistiado os condenados sob o *Sedition Act* – e, nesse sentido, dissentido da orientação da Suprema Corte que considerara tal estatuto legal compatível com a Constituição, como oportunamente anotamos –, em carta dirigida, em 1804, a Abigail Adams, esposa de seu contendor político, o ex-Presidente John Adams, reconheceria, em certa medida, o direito dos juizes “de decidir quais leis são constitucionais, quais não são”, não sem advertir, na oportunidade, que, essa prerrogativa não estava explicitada na Constituição e que deveria ser devidamente temperada para não tornar o Judiciário um ramo despótico (*a despotic branch*).⁴⁹

É fato, porém, que não se conformara com a declaração judicial de uma prerrogativa da Suprema Corte para anular atos do Congresso. Embora não aceitasse a decisão de Marshall em *Marbury v. Madison*, o Presidente evitou maiores discussões sobre a decisão. Os arroubos do radicalismo descentralizante jeffersoniano, a obscurecer as ponderações pretéritas do mesmo líder virginiano, podem não ter cedido lugar às velhas doutrinas, mas é certo que

⁴⁸ BEVERIDGE, A. *op.cit.*, vol III, pp. 117-118.

⁴⁹ MAY, C. N. e IDES, A., *op. cit.*, p. 46. BEVERIDGE, A. *op.cit.*, vol. III, p. 144.

Jefferson não procurou polemizar, em nome do pragmatismo de quem tinha uma larga visão política dos acontecimentos. Os jornais praticamente nada divulgaram e as cortes estaduais ignoraram o novo precedente.⁵⁰

Jefferson sabia que, para além dos federalistas, a doutrina do *judicial review of legislation* gozava de prestígio entre os advogados e os republicanos nortistas e, como as eleições de 1802 se aproximavam, era preciso evitar dissensões. As resistências federalistas ao expansionismo na direção Oeste e à sua política de austeridade⁵¹ imporiam ao governo da União, se necessário, o uso dos meios constitucionais disponíveis para garrotear espamos separatistas, vindos sobretudo do Norte. Político sagaz, tinha consciência de que a aquisição da Louisiana à França era tema de repercussão constitucional que poderia desembocar na Suprema Corte e parecia saber que Marshall não se opunha ao negócio⁵². Deixaria a discussão de um *impeachment* dos federalistas encastelados na Suprema Corte para uma melhor oportunidade: depois da sua reeleição. Sua estratégia começaria por derrubar o *Associate Justice* Samuel Chase e depois chegar ao *Chief Justice* John Marshall.

Com o início do processo de *impeachment* de Chase, o *Chief Justice* John Marshall viu-se acuado e, em evidente retrocesso e contradição com a decisão em *Marbury v. Madison*, chegaria a propor até mesmo o instituto da apelação da Suprema Corte para o Congresso, em decisões de *judicial review*!⁵³

O julgamento de Chase, se revelaria, entretanto, “um tiro pela culatra”: seria o momento da grande convalidação política da *práxis* da Corte de Marshall. Com efeito, apesar da ampla maioria republicana no Senado, Chase viria a ser absolvido das acusações de crime de responsabilidade, na medida em que o *quorum* qualificado para sua destituição não fora atingido. No cerne de todo o debate, por ocasião de seu julgamento, sempre esteve presente a questão da independência do Judiciário. E o pior de tudo, para Jefferson, é que,

⁵⁰ BEVERIDGE, A. *op.cit.*, vol. III, pp. 153-154.

⁵¹ Jefferson propusera, além do enxugamento da Suprema Corte e dos Circuitos da Justiça Federal, a redução dos contingentes das Forças Armadas e a extinção de cargos no Executivo, afastando com isso funcionários federalistas.

⁵² BEVERIDGE, A. *op.cit.*, vol III, p. 146 e seguintes. Em 1828, Marshall afirmaria em *American Insurance Company v. Canter* a licitude da aquisição de territórios pela União, sem consulta prévia às populações interessadas que habitassem as áreas incorporadas.

⁵³ *Idem, ibidem*, p. 178.

no reforço à denúncia de que Chase ignorava princípios de ampla defesa dos réus que lhe eram submetidos, sempre era citado, pelos próprios republicanos, como contraponto, o bom comportamento de John Marshall!

O posicionamento do maior expoente do republicanismo e as injunções já descritas, seriam significativamente determinantes no “conjunto de variáveis situadas em níveis crescentes” (Bobbio) para a aceitação do controle judicial de constitucionalidade.

O processo e a absolvição de Chase pelo Senado, em 1805, podem ser considerados uma espécie de retomada da tênue discussão convencional sobre o papel do Judiciário, em que as posições federalistas majoritárias acabariam sendo ratificadas. Isso evidencia que em 1787 havia sido atingido um ponto médio de confluência entre os propósitos dos *aristocratas* e dos *democratas*. A decisão no caso Chase indica a unidade básica entre ambas as partes, quanto à percepção de que os poderes constituídos (os Estados) deveriam reorganizar o Poder, de forma a ensejar a otimização da soberania e, concomitantemente, a proteção dos indivíduos, em sua “busca de felicidade” pela garantia do direito de propriedade e pelos processos de contratação na esfera privada⁵⁴. A equação para esse concertamento teria passado pela construção de um modelo institucional fincado na segmentação e fracionamento — forma descentralizada de Estado e sistema de governo por ramificação de

⁵⁴ Para uma sociedade escravagista, como era a norte-americana naquela época, as inequivalências da contratação da prestação de serviços diagnosticadas por Marx no Capítulo IV – *Transformação do Dinheiro em Capital* – no Volume I, do **Capital**, não podiam sequer ser cogitadas, como, aliás, o mesmo autor apontou como impossível de ser diagnosticada na sociedade escravocrata grega estudada por Aristóteles: “*Que na forma dos valores de mercadorias todos os trabalhos são expressos como trabalho humano igual, e portanto como equivalentes, não podia Aristóteles deduzir da própria forma de valor, porque a sociedade grega baseava-se no trabalho escravo e tinha, portanto, por base natural a desigualdade entre os homens e suas forças de trabalho. O segredo da expansão de valor, a igualdade e a equivalência de todos os trabalhos, porque e na medida em que são trabalho humano em geral, somente pode ser decifrado quando o conceito da igualdade humana já possui a consciência de um preconceito popular. Mas isso só é possível numa sociedade na qual a forma mercadoria é a forma geral do produto de trabalho, por conseguinte também a relação das pessoas umas com as outras enquanto possuidoras de mercadorias é a relação social dominante. O gênio de Aristóteles resplandece justamente em que ele descobre uma relação de igualdade na expressão de valor das mercadorias. Somente as limitações históricas da sociedade, na qual ele viveu, o impediram de descobrir em que consiste “em verdade” essa relação de igualdade*”. (v. MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**, vol. I, trad. Regis Barbosa e Flávio Kothe. São Paulo: Abril, 1983, pp. 62 e 143-145). Da mesma forma, em face das limitações históricas da sociedade norte-americana do século XVIII, a aparência de igualdade contratual da esfera da circulação de mercadorias manifestava-se de forma dominante.

poder e técnica de interferências recíprocas -- como fruto da máxima de que “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, *o poder freie o poder*” (Montesquieu, destaque nosso).

Não obstante os meandros que caracterizaram os esforços persuasórios, para que se obtivesse a homologação congressual à realização da Convenção de Filadélfia e, ante as ameaças de impasse, o pacto de silêncio, como regra de bronze dos procedimentos “constituintes” -- tudo a indicar pressões dos partidários do espargimento de poder para que os delegados tivessem um mandato imperativo e limitado – o espírito de franqueza, a postura de transigência (escudados no segredo da clausura no processo decisório) e o firme empenho de uma “notável plêiade de talentos” (*Kramnick*)⁵⁵, no sentido de assegurar o princípio da soberania popular, sem o sacrifício das liberdades, levaram à elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América.

Esse texto constitucional é, efetivamente, um *landmark* na afirmação de uma Nação, a alardear uma história única, uma fisionomia institucional comum (v. artigo IV, seção 4, da Constituição dos EUA) e uma cultura política mais homogênea.

A nascente soberania nacional democrática seria, assim, uma experiência de padronização, sobretudo política, inclusiva de cidadãos unidos, doravante, através de um “pertencimento comum que a outros é negado”⁵⁶. Essa “União” se materializava, agora, numa Constituição que traduzia a concordância societária em torno de regime democrático que propiciaria o reforço da *governança* sobre um determinado perímetro territorial em grau de totalidade e abrangência não concebidos anteriormente, de forma a garantir razoavelmente proteção dos governados contra inimigos externos e a desordem pública interna, ao centralizar os instrumentos da violência; impor administração uniforme e

⁵⁵ O próprio Kramnick problematiza a “mitologia desenvolvida no século XIX em torno dos formuladores, que fez deles legisladores tão desinteressados e heróicos que toda a avaliação realista de interesses mundanos e imediatos foi posta de lado” (*op. cit.*, p. 60).

⁵⁶ v. HIRST, Paul e THOMPSON, Grahame. **Globalização em Questão**, trad. Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 269. Em GOYARD-FABRE podemos ler: “*a nação não se confunde nem com o território limitado pelas fronteiras naturais nem com o caráter natural do povo considerado etnia: é verdadeiramente uma idéia da razão. Assim, não é pelo coração que nos apegamos a ela; é a vontade cívica que subscreve aos princípios da república*” (*op. cit.*, p. 409). V. também HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 161.

prover uma forma de domínio da lei (*rule of law*) inibidora de toda espécie de desvios de autoridade estatal, tendente à tirania.

É certo que esse clima de harmonia e unidade, mais tarde, sofreria abalos na Administração de Washington, resvalando, no Governo Adams, para a luta aberta, conforme narrado um pouco antes, até mesmo com desrespeito da polidez. Todavia, os EUA já haviam se tornado um Estado *do* Direito⁵⁷: haveria de ser observado o Estatuto Político, que permitiria o calor das contendas e os excessos de linguagem não se degenerarem em confronto físico e eliminação dos derrotados. Convém recapitular que no julgamento do *Justice Chase*, pelo Senado, em 1805, não se afastou aquela Casa, das regras processuais constitucionais atinentes, não obstante a natureza política do processo. O que poderia ser chamado, a partir de 1787, de “civilização” norte-americana passava pela compreensão do acordo procedimental em torno da conformação do poder, sintetizada na consideração da regra antibelicista: “se um lado vencer, ambos perdem”. Excluir a minoria importaria decretar a morte da jovem Federação. Em outras palavras, o respeito a normas constitucionais de estruturação do poder político, ou “normas destinadas a regular a produção de normas”⁵⁸ permitia expor o poder ao crivo democrático da opinião pública, sujeitá-lo à impoderabilidade e até mesmo garantir a alternância das autoridades sem maiores traumatismos, porque o mesmo Estatuto estava dotado de meios de coibição dos excessos.

Essa ampla aceitação dos comandos do *Direito Político*, insertos na Constituição de 1787⁵⁹ só pode ser entendida por sua força normativa, residente, na dicção de Hesse, não somente “na adaptação inteligente a uma dada realidade”, mas na presença da

“consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só (d)a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também (d)a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa

⁵⁷ Sobre as distinções conceituais entre Estado *do* Direito e Estado *de* Direito, ver a indispensável reflexão de GOYARD-FABRE, *op. cit.*, pp 207-343.

⁵⁸ v. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: UnB, 1997, p. 46.

⁵⁹ v. STEIN, Ekkehart. **Derecho Político**. Madrid: Aguilar, 1973, p. 11.

ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. (...) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille der Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.”⁶⁰

Essa unanimidade em torno do procedimento de aferição da vontade política predominante e, por conseqüência, das normas constitutivas dos órgãos estatais superiores, deve ser explicada pelo aprendizado de convivência de uns com outros, naqueles dias de maio a setembro de 1787. A reunião de Filadélfia havia semeado o engajamento que tornava possível e fecundo o diálogo que só existira pontualmente na articulação da frente político-militar na guerra de libertação; levou a que todos tinham que estar dispostos a aprender do que pensava diferente; tinham que ousar a aproximar, buscar a integração de posições antagônicas e superar estereótipos. Enfim, a franqueza mútua transformaria o modo de pensar daquela *convenção*, ou, como ensina a filologia, daquele “caminhar junto”, indicado, no latim, no significado original do verbo *convenire* (*to convene*, no inglês)⁶¹, e reinventaria a política com o resgate de seu sentido no antigo mundo grego de “palavra-diálogo pública e igualitária”⁶².

Não podemos ignorar que, para tanto, contribuíram as circunstâncias favoráveis à harmonia e à conciliação, pelo fato de a Revolução Americana não ter provocado modificações fundamentais na estrutura da sociedade, tal como explica Moore:

⁶⁰ HESSE, K. *op. cit.*, pp- 19-21.

⁶¹ “vir juntamente; reunir-se, encontrar-se; chegar a um acordo; acomodar-se, ajustar-se, convir, quadrar” cf. CRETELLA JÚNIOR, J. e CINTRA, G. de U. *Op. cit.*, p. 283. Na língua inglesa, *convene*: *come or cause do come together*; cf. HORNBY, A. S, GATEBY E.V e WAKEFIELD H. *A Learner’s Dictionary of Current English*. Oxford: Oxford University Press, 1951, p. 234.

⁶² v. CHAUI, Marilena. **Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**, vol. 1. São Paulo: Brasiliense, 1998, pp. 35-36 e 111.

*“Os Estados Unidos não enfrentaram o problema de dismantelar uma sociedade agrária complexa e bem estabelecida, quer fosse de forma feudal ou burocrática. Desde o início, a agricultura comercial foi importante, como no caso das plantações de tabaco da Virgínia, e em breve se tornou dominante, à medida que o país se firmava. As lutas políticas entre uma aristocracia fundiária pré-comercial e um monarca nunca fizeram parte da história americana. Nem a sociedade americana jamais teve uma ma-
ciça classe de camponeses comparável às da Europa e da Ásia. Por esses motivos pode-se argumentar que a história americana não contém uma revolução comparável à Revolução Puritana ou à Revolução Francesa, nem, evidentemente, às revoluções russa e chinesa do século XX.”⁶³*

No consenso resultante dessa rede dialogal circunstancialmente possível vemos a força da opinião dominante a que Madison atribuiria a essência de todo poder de governo, maior sendo ele quanto maior o número de pessoas que associasse.⁶⁴ E todos ali, no caso, se associavam em torno da idéia de “governo forte, eficaz, mas limitado”, idéia que, posteriormente, também sensibilizaria a maioria das convenções estaduais ratificadoras.

Habermas lança luzes deveras relevantes para a compreensão do problema da vinculação dos interlocutores ao pactuado, ao propor que, quando “os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade críticas, **revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso**” (destaques nossos), chamando especial atenção para a “força integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas na base da manutenção de uma comunhão de convicções”, esclarecendo ainda que:

*“Toda integração social não violenta pode ser entendida como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser “engatadas” nas de outro? Tal engate contínuo reduz o jogo de possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto, o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral. Enquanto a linguagem é utilizada apenas como **medium** para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns*

⁶³ MOORE, B., *op. cit.*, p. 141-142.

⁶⁴ v. MADISON, J. Artigo 49, *op. cit.*, pp 342-346.

sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”. Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma base incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. Sob essa condição, ofertas de atos de fala podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as conseqüências da interação”⁶⁵.

O ineditismo do acontecimento – uma assembléia de representantes reunida para, mediante a especificação das competências e encargos no dispositivo jurídico de um Estado, procurar e atingir, com sucesso, o fim colimado de, evocando uma estranha ou duvidosa soberania *nacional* (*We The People of the United States*), centralizar o poder, moderando-o, mantendo as exigências de autonomia individual e das unidades federadas – em si já seria digno de nota. Diria Madison, no Artigo Federalista nº 37: “a novidade do empreendimento nos impressiona de imediato”. É de surpreender, de mais a mais, que, a positivação desse tento político, alcançado com muito esforço, devido à espinhosa ratificação pelos Estados, viesse, como veio a perseverar, apesar das dificuldades de então, como o mais antigo dos textos constitucionais⁶⁶.

⁶⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 20, 22 e 36, destaques nossos.

⁶⁶ O artigo VII da Constituição previa sua adoção pela ratificação de nove convenções estaduais. Rhode Island recusara-se a participar da Convenção da Filadélfia e só a ratificou em 1790; a Carolina do Norte rejeitou o texto; Por unanimidade acolheram-na os Estados de Delaware, New Jersey e Geórgia; por ampla maioria o texto foi aprovado pelos Estados da Pensilvânia, Connecticut, Maryland e Carolina do Sul; as votações, entretanto, apontaram apertadas maiorias em Massachusetts, New Hampshire, Virginia e Nova York. Um quadro completo sobre as ratificações pode ser encontrado em ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Limitação dos Mandatos Legislativos: Uma Nova Visão do Contrato Social**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 318.

Sua persistência, passados mais de dois séculos de experimentação, retrata a eficácia vinculante da solução de compromisso encontrada para que fossem superados os atritos intestinos do período pós-revolucionário.

De acordo com Canotilho, quatro são os elementos constitutivos desse acordo basilar entre forças políticas antagônicas, no limiar da luta fratricida⁶⁷, presentes entre os atores da jornada constituinte, pós-libertação. O primeiro, a idéia de “povo dos Estados Unidos como autoridade ou poder político superior”; o segundo, “a subordinação do legislador e das leis que ele produz às normas da constituição”; o terceiro, a decretação de inexistência “de poderes ‘supremos’ ou ‘absolutos’, sobretudo de *um* poder soberano supremo, e a afirmação de *poderes constituídos e autorizados* pela constituição colocados numa posição equiordenada e equilibrada (*‘checks and balances’*)”; e, finalmente, “garantia, de modo estável, de um conjunto de direitos plasmados em normas constitucionais, que podem opor-se e ser invocados perante o árbitro do legislador e dos outros poderes constituídos”⁶⁸.

Considerando tudo isso, é dado concluir ter se tratado de um ajuste fundado no reconhecimento intersubjetivo do *princípio* da moderação do Poder⁶⁹, (desde que efetivamente houvesse Poder, como deixou claro Madison no artigo de número 51 dos *Federalistas*) e do compromisso mútuo em respeitá-lo e fazer com que fosse respeitado pelas gerações futuras. Para os democratas impunha-se ceder passo quanto à centralização político-jurídica, desde que o poder nacional pudesse ser limitado pela ação dos Estados. Para definir tal postura, melhor é usar a expressão *concessão*, pois uma vez assegurada a exigência de controle da União pelos Estados, o vocábulo em tela traduz, ao contrário de uma espécie de capitulação a comandos heterônomos, a tratativa e acerto entre atores dotados de autonomia para o entendimento.⁷⁰ Por

⁶⁷ Diria Madison que “*devemos lembrar que todas as constituições existentes foram elaboradas em meio a um perigo que reprimiu as paixões mais adversas à ordem e à concórdia*” (Artigo 49, *op. cit.*, p. 344).

⁸ CANOTILHO, J. J. *op. cit.*, p. 64. PREUSS, Ulrich K. *Communicative Power and the Concept of Law*. In: **Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges**. New York: Yeshiva University, 1996, p. 1189.

⁶⁹ Podemos citar aqui o artigo *Does the Separation of Powers still work?*, do Prof. James Q. Wilson, da Universidade de Harvard e da UCLA, na parte em que escreve: “como disse numa decisão da Corte em 1986 seu então Presidente, Warren Burger, as instituições do Governo foram deliberadamente dispostas para criarem um sistema que produzisse ‘conflitos, confusão e discordância’”. WILSON, James Q. **The Public Interest**, Washington: National Affairs, n. 86 (inverno de 1987), 1987, p. 39.

⁷⁰ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 127.

outro lado, para os aristocratas, ou federalistas, a tarefa primordial seria a de erguer um anteparo às iniciativas legislativas dos Estados que atropelavam seus direitos econômicos e isso também estaria contemplado.

Esse jogo político teve como resultado aquilo que ficou estampado no registro da convenção: o *texto* constitucional. Como palavra escrita, a Constituição procurava dar permanência à linguagem compartilhada de obstrução dos sortilégios: uma composição entre os clamores por liberdades negativas dos cidadãos “para garantir a propriedade e o intercâmbio econômico das pessoas privadas contra as intromissões de um poder político exercido administrativamente, do qual eles estavam excluídos” (Habermas) e, em face da necessidade imperiosa da centralização, as demandas difusas por liberdades positivas, de integração e participação ativa no centro do processo político, ou seja, a “prática de auto-determinação de cidadãos (...) que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que a si mesma se administra”⁷¹.

Provavelmente isso só teria sido possível, ademais, porque extremistas e intolerantes, de lado a lado, não estiveram presentes na Pensilvânia, naquele escaldante verão. A esse respeito, escreveu Madison no Artigo Federalista nº 37:

“as deputações que compuseram a convenção ficaram suficientemente satisfeitas com o ato final, ou foram induzidas a aceitá-lo por uma profunda convicção da necessidade de sacrificar opiniões privadas e interesses parciais pelo bem público, e pela perda da esperança de ver essa necessidade diminuída por protelações ou por novas experiências”.

A primeira preocupação (dos federalistas) – afinal consentida pelos demócratas -- pode ser reconhecida, por exemplo, na assunção de competências pelo Poder Legislativo da União, em detrimento dos legislativos estaduais (artigo I, seção 8)⁷²; na ordenação das relações interestaduais pela União (artigo IV);

⁷¹ HABERMAS, J. *op. cit.*, vol. I, p. 231-232

⁷² É nítida a preocupação, nesse dispositivo, com a capacitação da União para o exercício exclusivo da política monetária, com o provimento de meios para o exercício de suas funções (destaque para as Forças Armadas e infra-estrutura), mediante lançamento e arrecadação de direitos, tributos e taxas, além de pontos referentes ao comércio externo e interestadual, defesa de direitos de propriedade intelectual e regime falimentar. Ademais, a seção 10 do mesmo artigo seria dedicada a vedações aos Estados no tange ao comércio internacional, à política monetária, à quebra de contratos, entre outros aspectos.

na criação do poder judiciário federal (com a Suprema Corte na cimeira), com competência para processar e julgar todos os casos de direito e de equidade, surgidos sob a Constituição e sob as leis e tratados dela decorrentes (artigo III, seção 2); e, em combinação com o dito anteriormente, na decretação da Constituição como “lei suprema do país”, e a ela se sujeitando, também, os juízes, legisladores e funcionários executivos estaduais, justamente em um artigo que afirmava a validade das dívidas e obrigações contraídas pelos Estados, desde a época da Confederação, ora avocadas pela União. No enunciado do artigo VI, em que essas normas são dispostas, ressaltar-se-ia a garantia de oponibilidade dos contratos ao arbítrio dos legisladores estaduais, como já tivemos oportunidade de abordar. A criação de um Senado, eleito indiretamente, como câmara revisora do trabalho da Casa dos Representantes, dentre outras funções, espelharia o receio dos aristocratas de repetição, no legislativo federal, das mazelas que identificavam nas assembléias parlamentares estaduais e, além disso, o poder de veto presidencial. Igualmente estava a Presidência cerceada através da ameaça de *impeachment* e do controle da nomeação de certas autoridades federais e da política externa pelo Senado.

Quanto à postulação dos democratas por controle do poder federal (ou nacional), essa ficou resguardada na forma federativa de Estado, com repúdio ao esquema do Plano Virgínia (elaborado por Madison, Randolph e demais delegados virginianos) que previa a existência de um poder de veto nacional ilimitado -- atribuição que, segundo o plano, deveria ser conferida ao Poder Legislativo Federal -- às decisões estaduais incompatíveis com a Constituição. Outro aspecto a demonstrar o acatamento dos pleitos democratas deve ser notado na prevalência da polêmica votação, havida em 16 de julho de 1787, em que, por escassa maioria, aprovou-se a igualdade de representação das unidades federadas no Senado.⁷³

A esse propósito, devemos sublinhar que o tema da representação no Legislativo federal não se circunscrevia à composição do Senado. Os Estados sulistas, onde era maior o número de escravos, só aceitariam a representação proporcional na Câmara dos Deputados, na medida em que, para o rateio das

⁷³ Cinco Estados votaram favoravelmente, quatro foram contrários, sendo que a delegação do Estado de Massachusetts não se posicionou por divergências internas entre seus membros. Essa votação marcaria inclusive os contornos do sistema presidencialista de governo. Aqui, Madison, temeroso da influência dos pequenos Estados no plenário senatorial lutou para que prerrogativas que seriam exclusivas do Senado, na definição da política externa e na escolha de autoridades federais passassem a ser compartilhadas entre a Presidência e a Câmara Alta.

cadeiras entre os Estados, a base de cálculo a ser considerada – as populações dos Estados – incorporasse ao “total das pessoas livres” os obrigados à servidão “durante certo número de anos” e três quintas partes de “todas as demais pessoas”, vale dizer os escravos, vez que os índios não-tributados estavam expressamente excluídos (cf. Artigo I, Seção 2). Posto que as qualificações para que alguém pudesse habilitar-se como eleitor deveriam ser as mesmas exigidas dos eleitores das assembléias legislativas (critérios fixados pelos próprios Estados), estava descartada a participação, nas eleições para a *House of Representatives*, das pessoas não-livres, em que pese o fato delas serem contadas para a fixação do número de deputados que representariam os povos dos Estados na assembléia federal! Isso traduz a limitação do ideário “democrata” das chamadas forças da “periferia” (Kramnick) e, da passividade do “centro” (a chamada aristocracia) em relação à questão da abrangência irrestrita de pessoas a conformar o arco da cidadania⁷⁴.

Devemos ponderar que, ainda que fossem consideráveis os ímpetus de ruptura, perpassava entre os delegados a idéia de constituir um governo forte o bastante para proteger as liberdades individuais e garantir a soberania, mas não tão forte que ameaçasse essas liberdades ou substituísse a soberania popular, agora, nacional, por outra de matizes autocráticos. Valendo-nos de Canotilho, “essa arquitetura política precisava de um ‘plano escrito’, de uma constituição que, simultaneamente, garantisse direitos e conformasse o poder político”⁷⁵.

Vejamos qual seria a estrutura desse plano. “Na República composta da América – escreveu Madison – o poder concedido pelo povo é primeiro dividido entre dois governos distintos e depois a porção a que coube a cada um é subdividida por braços independentes e separados”.⁷⁶ Assim é que, se a estrutura federativa tinha por motivação a moderação do poder central é essa mesma palavra-chave – moderação – que orientou a opção por um sistema de governo presidencialista, lastreado na manifestação dualista da vontade popular (com os devidos cuidados dos federalistas para que o Presidente fosse eleito

⁷⁴ v. também MOORE, B., *op. cit.*, p. 145. Sobre o princípio democrático a caracterizar um povo ativo, na fórmula “*one man, one vote*”, v. MÜLLER, F., *op.cit.*, p. 57 e seguintes.

⁷⁵ CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 52.

⁷⁶ MADISON, J. *op. cit.*, p. 351

por um colégio eleitoral) e com o objetivo constante de “dividir e organizar os vários cargos de tal modo que cada um possa exercer controle sobre a outro”⁷⁷. A construção da União, a partir da realidade inevitável da conformação do sujeito constituinte como *people-at-large* foi o grande desafio enfrentado pela convenção, cujo trabalho, expressando ali, sim, o nascimento de uma Nação, transformou em fato o *motto* sugerido por Franklin, Adams e Jefferson, em 1776, como selo oficial dos Estados Unidos da América: “*e pluribus unum*”.

Não obstante todas as cautelas, dos freios e contrapesos, nessa primeira hora da construção de uma Nação, baseada no conceito de indivíduo e federação, o reforço do poder central da União, já naquele momento, foi essencial para que, concomitantemente, fosse firmada uma premissa para o posterior desenvolvimento de uma economia que já nasceria com a vocação de grandeza: a unificação interna do mercado, em um espaço continental, gerando fluxos de comércio, aspecto que, como assinalamos anteriormente e apesar das objeções dos antifederalistas, deve ser considerado como importante fator de unificação e coesão nacional.

Na negação à forma unitária de Estado e na opção por um sistema de governo diferenciado do parlamentarismo britânico -- em que o governo é necessariamente expressão da maioria parlamentar -- identificamos componentes do *princípio* da moderação como marco fundamental da Constituição dos EUA e sua grande e indispensável contribuição à Teoria da Constituição. Na Constituição dos EUA apresenta-se maturado aquilo que a Declaração de Independência, de 4 de julho de 1776, havia lançado como arquétipo seminal: a idéia de que o Estado, como corpo político, deveria ser formado para salvaguardar os chamados direitos inalienáveis “à vida, à liberdade e à procura da felicidade”, e que, nesse diapasão, não teria direitos próprios, mas tão-somente os meios necessários, outorgados pelo povo, para levar a cabo suas atribuições.

A descrição dos episódios que caracterizam aqueles anos atribulados (1783-1787) leva-nos a indagar: como pôde a idéia de “moderação” apelar-se como *princípio*, se é nítido que uma minoria abastada é quem desse “princípio” buscava tirar maior proveito?

Cabe, aqui, antes de mais vagar, uma pequena digressão, sobre o tema da estatura dos princípios no conjunto das normas constitucionais. Para Habermas,

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 350.

“princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores tem um sentido teleológico”⁷⁸. Clarificando esse chamado “sentido deontológico”, o eminente filósofo alemão sustenta que o princípio (ou norma mais elevada) deve sua validade “a um teste de universalização”. Aprovado nessa experimentação, pode pretender uma “obrigatoriedade geral” e “uma especial dignidade de preferência”.⁷⁹

Ora, se a idéia de moderação tinha o claro escopo de abrandar a fúria das assembléias parlamentares estaduais e, eventualmente, do futuro Poder Legislativo federal, em ataques ao direito de propriedade e ao cumprimento dos contratos (recordemo-nos aqui, especialmente das reflexões de Madison nos ensaios 47 e 48 dos *Federalist Papers*); se nisso há, seguindo Habermas, muito mais uma orientação valorativa, de sentido teleológico (satisfação dos interesses de credores em geral), como poderia convolar-se em “comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom para todos”⁸⁰?

A pretensão de universalidade da idéia de mitigação do poder encontraria a necessária força de justificação na importância de instituições e práticas contra-majoritárias para a vida em comunidade. Goyard-Fabre, a esse respeito, escorada em Montesquieu afirma que “é preciso compreender que a moderação é, na política, o único *princípio* que permite às instituições atingir a regra de ordem que faz a legalidade universal”, aditando que “Montesquieu pensa que a moderação só corresponde à sua vocação liberadora se relacionada com a sociabilidade que, por sua vez, insere o homem, segundo justas relações de conveniência, na escala dos seres”, para, em seguida, concluir que “o importante é que o *princípio* de moderação se tenha tornado o fio condutor do liberalismo do qual as instituições são protetoras e colocam a liberdade dos cidadãos ao abrigo dos excessos ou dos desvios de poder daqueles que governam”⁸¹.

Dworkin apresenta um argumento convincente a esse respeito:

⁷⁸ HABERMAS, J. *op. cit.* p. 316.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 321.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 317.

⁸¹ GOYARD-FABRE, S. *op. cit.*, p. 244.

“Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido” (Dworkin, 1999, p. 449).

Ademais, se, naquela quadra, as classes sociais possuidoras passavam por dificuldades para se constituírem em força política hegemônica⁸², não se poderia ter essa situação como inexorável. As camadas sociais de menor poder econômico, em maior destaque na conformação das majorias políticas locais, ao longo do regime de “política da liberdade” do período confederado, pareciam perceber que poderiam, em outros momentos – que, aliás, se renunciavam como inevitáveis, em razão do esgarçamento das soberanias populares avulsas -- ver-se enfraquecidas, convertidas em minorias no plano político, *com de resto poderia ocorrer com todas as espécies de majorias*. Madison traduziu de forma lapidar essa preocupação no Artigo Federalista nº 51, ao escrever:

“A justiça é a finalidade do governo. É a finalidade da sociedade civil. Ela sempre foi e sempre será perseguida até ser alcançada, ou até que a liberdade seja perdida nessa busca. Numa sociedade sob cujas formas a facção mais forte é capaz de rapidamente se unir e oprimir a mais fraca, pode-se dizer que a anarquia reina tão completamente quanto num estado natural, em que o indivíduo mais fraco não tem proteção contra a violência do mais forte; e assim como, neste último estado, mesmo os indivíduos mais fortes, dada a incerteza de sua condição, são movidos a se submeter a um governo que possa proteger tanto aos fracos quanto a eles mesmos, assim também, no primeiro estado, as facções ou partidos mais poderosos serão gradualmente induzidos, por motivo semelhante,

⁸² Tomamos que empréstimo a reflexão de Gramsci sobre hegemonia, para demonstrar o quão distante disso se encontrava a “aristocracia” norte-americana: *“o exercício ‘normal’ da hegemonia, no terreno clássico do regime parlamentar, caracteriza-se pela combinação da força e do consenso, que se equilibram variadamente, sem que a força suplante muito o consenso, ou melhor, procurando obter que a força pareça apoiada no consenso da maioria, expresso pelos chamados órgãos de opinião pública – jornais e associações – os quais, por isso, em determinadas situações são artificialmente multiplicados”* (GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno**, trad. Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 116).

a desejar um governo que proteja todas as partes, tanto a mais fraca como a mais poderosa” (destaques nossos).

O cadinho da tormentosa unidade nacional a proporcionar a concentração estatal tinha em sua essência a universalidade do *princípio da moderação*. Era essa a norma “mais elevada” a costurar o tecido político do multifacetário “povo alargado”, cansado de guerras, assim como seus ancestrais ingleses, nos idos do século XII, exultantes com a obtenção da paz em Winchester.

Tratava-se de moldar uma estrutura governamental que, ao lado da “componente negativa” da liberdade, de natureza defensiva, contra o poder político, permitisse a *alternativa de comportamentos*⁸³, inclusive a alternância no exercício do poder, sem que as novas maiorias pudessem, arvorando-se em sede de vindita, aniquilar os setores apeados dos órgãos estatais, ou seja, antigas maiorias convertidas em minoria.⁸⁴

Ainda que a Convenção tenha sido omissa na elaboração de uma Carta de Direitos da Pessoa Humana, já se tinha presente a convicção de que a dignidade do ser humano exigia a refutação de toda e qualquer negação ou marginalização ao pertencimento comum, o que deveria ser garantido pelo mecanismo de *checks and balances*.

Essa engenharia constitucional, ainda que no plano mais visível procurasse dar conta das contraposições governo-assembleia, em seus recônditos visava a garantia dos direitos constitucionais de oposição, pois, como ensina Moreira “muitas vezes a invasão da esfera parlamentar tem por objetivo justamente furtar à minoria parlamentar a intervenção nas decisões políticas ou legislativas que cabem ao parlamento”.⁸⁵

Devemos considerar também, para tanto, a importância da experiência federativa, ante a pluralidade e heterogeneidade social e cultural na paisagem norte-americana, pois, se o modo de conduzir os negócios no governo federal

⁸³ v. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1128.

⁸⁴ Sobre o sentido da preservação das minorias na política, ver o indispensável registro dos fragmentos das obras póstumas de Hannah ARENDT. **O que é Política?**, compilados por Ursula Ludz (tradução, Reinaldo Guarany). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

⁸⁵ **MOREIRA, Vital**. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. In: **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 186.

não estivesse sendo do conteúdo dos cidadãos, outros modelos poderiam ser buscados como substitutivo nas administrações estaduais e vice-versa. Ali se esboçava a técnica de reforma (ou rodízio) do mando político, sem que o novo domínio viesse a se instaurar por vias revolucionárias violentas. E revoluções não se desenrolam permanentemente, sob pena de desfazimento dos liames integracionistas do corpo social; por isso mesmo, buscam a mais rápida suplantação do antigo regime e a imediata ordenação, in(st)itucionalização, perenização do programa vitorioso. Em outras palavras, para além da proteção do indivíduo, a Constituição buscava assegurar a todos os subconjuntos da comunidade política acordantes com o procedimento de conformação do poder a “estabilização *não-violenta* de expectativas de comportamento”, mesmo podendo-se “dizer não” (Habermas)⁸⁶. A título de ilustração, vale consignar as anotações de Kramnick, ao concluir que a Constituição de 1787 significou a movimentação do pêndulo em favor dos federalistas.

“Os antifederalistas, embora derrotados em 1788, não foram liquidados nem forçados a fugir. Tampouco suas idéias se extinguíram. Seus valores viveram na América, como eles próprios, e foram absorvidos no padrão mais amplo da cultura política do país. Os Estados persistiram como partes vitais da cena política americana. Na configuração única que é o federalismo americano, conservaram enorme poder em muitas áreas da política pública, como educação, serviços sociais e segurança. Ao celebrar o bicentenário da Constituição, a América celebrou tanto seus federalistas como seus antifederalistas, pois a vida da Constituição americana é hoje uma mescla das posições assumidas por ambos os lados durante a ‘grande discussão nacional’, por mais inoportuno que isso possa parecer aos puristas constitucionais.”⁸⁷

É um grande contributo à compreensão dessa temática o magistério de Canotilho:

“o modelo americano de constituição assenta na idéia da limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita. Esta ‘limitação normativa’ postulava, pois, a edição de uma ‘biblia política do estado’ condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um ‘governo’ vinculado à lei fundamental. Poder-se-á dizer, deste modo, que os Framers (os ‘pais da constituição americana’) procuraram revelar numa lei fundamental escrita

⁸⁶ HABERMAS, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁷ Kramnick, *op. cit.*, p. 82-83.

determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude da sua racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma ‘possible tyranny of the majority.’”⁸⁸

Tocqueville dedicou-se profundamente ao problema da “possível tirania da maioria” em seu famoso relato de viagem aos EUA, sustentando a necessidade de moderação em nome de “uma lei geral que foi feita, ou pelo menos adotada não apenas pela maioria deste ou daquele povo, mas pela a maioria de todos os homens. Esta lei é a justiça”, considerando ainda “ímpia e detestável a máxima de que, em matéria de governo, a maioria do povo tem o direito de fazer tudo”. Tocqueville tornaria mais concreta a noção de justiça mencionada, esboçando-a em sinonímia com a idéia de liberdade⁸⁹, arrematando que o grave mal das tiranias de maiorias residiria em abandonar o padrão de violência do absolutismo monocrático para golpear as almas dos indivíduos com constrangimentos de natureza moral. São tocantes as palavras que lança a esse respeito:

“Sob o governo absoluto de um só, o despotismo, para chegar à alma, atingia grosseiramente o corpo; e a alma, escapando desses golpes, se elevava gloriosa acima dele. Mas, nas repúblicas democráticas, não é assim que a tirania procede; ela deixa o corpo e vai direto à alma. O amo não diz mais: ‘pensará como eu ou morrerá’. Diz: ‘você é livre de não pensar como eu; sua vida, seus bens, tudo lhe resta; mas a partir deste dia você é um estrangeiro dentre nós. Irá conservar seus privilégios na cidade, mas eles se tornarão inúteis, porque, se você não lutar para obter a escolha de seus concidadãos, eles não a darão, e mesmo se você pedir apenas a estima deles, ainda assim simularão recusá-la. Você permanecerá entre os homens, mas perderá seus direitos à humanidade. Quando se aproximar de seus semelhantes, eles fugirão de você como de um ser impuro, e os que acreditarem em sua inocência, mesmo estes o abandonarão, porque os outros fugiriam dele por sua vez. Vá em paz, deixo-lhe a vida, mas deixo-a pior, para você, do que a morte”.

No século XX, Arendt se dedicaria com similar afincamento à questão da “anti-democraticidade básica” (Canotilho) do constitucionalismo. Em a *Condição Humana* alertara sobre o desenvolvimento, por grandes números de indivíduos, “agrupados numa multidão, de uma inclinação quase irresistível na direção do

⁸⁸ *Op. cit.* p. 53.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 294.

despotismo, seja o despotismo pessoal ou o do governo da maioria”⁹⁰. Aprofundando ainda mais no tema, no famoso ensaio intitulado *Reflexões sobre a Violência*, diria ainda que “um governo legal, de maioria irrestrita – isto é, uma democracia sem Constituição – pode revelar-se, sem recurso à violência, extremamente vigoroso na supressão dos direitos das minorias e extremamente eficiente no combate às rebeliões. O poder indiviso e incontestável consegue gerar um ‘consenso’ que não se revela menos coercitivo do que a supressão pela violência.”⁹¹.

Finalmente, uma vez resgatadas suas obras póstumas, podemos ler a seguinte passagem em um de seus fragmentos:

“O que hoje entendemos por governo constitucional, não importa se de natureza monárquica ou republicana, é, em essência, um governo controlado pelos governados, restringido em suas competências de poder e em sua aplicação de força. É indiscutível que a restrição e controle ocorrem em nome da liberdade, tanto da sociedade como do indivíduo; trata-se de estabelecer limites, os mais amplos possíveis e necessários, para o espaço estatal de governar, a fim de possibilitar a liberdade fora de seu espaço. Portanto, não se trata, em todo o caso, de possibilitar a liberdade de agir e de atuar politicamente; ambos continuam sendo prerrogativa do governo e dos políticos profissionais que se oferecem ao povo como seus representantes dentro do Estado e, se for o caso, contra o Estado. A relação entre política e liberdade, em outras palavras, também é entendida nos tempos modernos de modo a ser a política um meio e a liberdade seu objetivo mais elevado; portanto, a relação em si

⁹⁰ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 53. É tal a abrangência de estudos de Arendt sobre o assunto, que em sua coletânea **Men in the Dark Side** (San Diego: Harcourt Brace, 1993, p. 54), dedica-se a esse problema no socialismo, com ênfase nas reflexões de Rosa Luxemburgo, especialmente sua análise sobre a “Revolução Russa”, escrita em 1918 e publicada somente em 1922, de onde extraímos a seguinte passagem: “liberdade apenas para os apoiadores do governo, apenas para os membros de um partido, por mais abrangente que ele seja, não é liberdade alguma. Liberdade é sempre e exclusivamente liberdade para aquele que pensa diferente” (*The Russian Revolution*). Disponível em < www.marxists.org/archive/luxemburg/works > Acesso em 17 set 2002.

⁹¹ ARENDT, Hannah. Reflexões sobre a Violência. In: SILVERS, Robert, EPSTEIN, Barbara e HEDERMAN, Rea (org.) **The New York Review of Books: A Primeira Antologia**, trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 115.

*não mudou, embora o conteúdo e a extensão da liberdade se tenham modificado de forma bastante extraordinária.*⁹²

O que é da “essência constitucional americana” (Canotilho) é o depósito da confiança do povo nos tribunais para garantir a observância do princípio da moderação do poder, mola-mestra da Constituição, no sentido de preservar, “tanto a liberdade da sociedade, como do indivíduo” (Arendt). Segundo Canotilho, os americanos, contrapondo-se à sentença de Locke de intangibilidade da soberania popular, na vertente da democracia representativa (*inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex*), legitimaram a competência dos juízes para “medir as leis segundo a medida da constituição”.⁹³

Assim, a legitimação dos juízes como fiscais da ação da representação política, democraticamente ungida, passa pela compreensão de seu papel como guardiões – quem e(st)abiliza, garante a firmeza – das liberdades evocadas no processo constituinte e no penoso percurso da ratificação pelas convenções estaduais. No nascedouro, tratava-se, já, da afirmação dessa prerrogativa, em razão das demandas por garantia da dupla dimensão da liberdade: positiva e negativa, ou “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”⁹⁴. Não podemos dizer que fosse fácil a tarefa de zelar por algo que, em suas mediações recíprocas, quase sempre apresentava muito mais tensões do que acoplagens, mais aporias que resoluções⁹⁵. A experimentação desse processo de síntese de facetas dialéticas da liberdade permitiu a reprodução do controle de constitucionalidade como *praxis* legítima; reprodução que ainda hoje não se cessa -- nem nos EUA, nem em outros Estados, cujos ordenamentos jurídicos se moldaram à imagem e semelhança do norte-americano -- em razão de releituras da liberdade, inclusive tendo-se em conta sua interpenetração com o princípio da igualdade.⁹⁶

⁹² ARENDT, H. *op. cit.*, p. 75.

⁹³ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*, p. 54 e 89.

⁹⁴ *idem, ibidem*, p. 92.

⁹⁵ v. JASMIN, Marcelo. **As Américas de Tocqueville: a comunidade e o auto-interesse**. In: SOUZA, Jessé (org.) **Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 206-208.

⁹⁶ Sobre a idéia de “liberdade igual” v. CANOTILHO, J.J.G., *op. cit.*, p. 438. Do mesmo autor, na mesma obra, v. os entrelaçamentos e traços distintivos da noção de liberdade às páginas 220, 361-376, 1127 e 1251. v. também RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 211 e seguintes.

A doutrina do *judicial review* é, por excelência anti-majoritária, uma deviação dos rudimentos da democracia⁹⁷, mas não é dissonante das preocupações que orientaram os trabalhos dos *Framers* em torno da tirania da democracia popular, nos moldes praticados nos Estados confederados. Era desejo dos convencionais impor barreiras ao poder desenfreado das maiorias eventuais, para, consoante reza o Preâmbulo da Constituição “assegurar as bençãos da liberdade” para si próprios e seus descendentes, ou, nas palavras de Hamilton manter, com certeza, a despeito das “inclinações momentâneas” aquilo que denominou de “as bases da confiança pública e privada”, de forma a evitar que “o espírito de injustiça” que no presente beneficia a um possa depois transformá-lo em vítima. É adequado reafirmar não se tratar apenas de uma perspectiva protecionista do indivíduo, mas, outrossim, de conjuntos de indivíduos que compartilham um ideário socialmente minoritário. Vimos, aliás, como a defesa de suas casamatas e trincheiras pelos federalistas, em 1800, tinha o preciso sentido de fazer valer, de alguma forma, no processo político, posições repudiadas pelo voto popular.

Essa extrapolação do fundamento democrático, como bem precisou Sajo, não é, necessariamente, uma negação do regime de democracia, contanto que os síndicos da constitucionalidade das leis estejam democraticamente investidos da prerrogativa para tal função e, no caso norte-americano, a absolvição de Chase equivaleria ao Congresso passar um atestado dessa investidura.

Por outro lado, como observou Moreira, é, “obviamente um *limite do princípio da maioria*, isto é, da maioria legiferante ordinária; porém, o princípio da constitucionalidade é ele mesmo expressão do *princípio da maioria*, ou seja, da maioria fundante e constituinte da comunidade política”.⁹⁸

Além disso, a jurisdição constitucional pode servir de arena para diminuição das tensões internas do processo político, mediante sua independência e processo decisório desvincilhado dos atritos político-partidários e até mesmo antecipar comportamentos mais cautelosos, pela consideração de seus precedentes. O amparo de uma plataforma minoritária/oposicionista pelo(s) órgão(s) judicantes, em nível constitucional, não deve ser frontalmente ata-

⁹⁷ v. MAY e IDES, *op. cit.*, p. 28. Ver também a referência de José Ribas VIEIRA à obra de Alexander Bickel sobre o papel “contramajoritário” exercido pela Corte Suprema norte-americana (*op. cit.*, p. 6) e MONTEBELLO, Marianna. **Estudos sobre a Teoria da Revisão Judicial**. In: VIEIRA, José Ribas (org.), *op. cit.*, p. 95.

⁹⁸ MOREIRA, V. *op.cit.*,p. 192.

cada: a oportunidade de que o ponto de vista daqueles atores políticos que estão temporariamente excluídos da legislação seja levado em consideração (Sajo), mantém em evidência a via institucional de alternância de poder; impele a maioria a concessões e redução de velocidade na implementação de reformas impactantes sob os mais diversos aspectos (o que milita em favor da coesão societária).

Todavia, essa coadjuvância judicial deve ser metodicamente contrapesada de forma a caracterizar

“que a independência e atividade oposicionista dos tribunais constitucionais restringem-se a ações de retaguarda, em apoio a algumas das idéias dos grupos políticos temporariamente afastados. Se um tribunal constitucional vai mais adiante desse limite, advogando visões de partidos ou grupos que não tem chance de chegar mais próximo do poder, ou advogando posições constitucionais que são irrelevantes para os detentores do poder político (mesmo se essas posições forem as mais fiéis às crenças constitucionais dos ‘founding fathers’), o tribunal deveria considerar que essas decisões podem não ser observadas. O tribunal perderá sua legitimidade em consequência da não-execução de suas decisões e, como resultado deste processo, o tribunal será, ao final, simplesmente posto de lado”⁹⁹ (destaques nossos).

Igualmente Kelsen, no final dos anos 20 do século passado, viria a considerar a necessidade de estabelecer limites à lei -- conquanto deliberação democrático-parlamentar -- que se propusesse, na condição de “puro ato de vontade da maioria” a dispor sobre o domínio de alguns interesses sociais sobre outros, a ponto de desequilibrar forças políticas que encontram na Constituição o princípio da convivência civil. É essa constatação que o motivaria a propor o controle de constitucionalidade confiado ao tribunal constitucional.¹⁰⁰

Convém registrar as palavras do próprio Kelsen:

“Se a essência da democracia reside não já na onipotência da maioria, mas no constante compromisso entre os grupos que a maioria e a minoria

⁹⁹ SAJO, Andras. **Constitutional Adjudication in Light of Discourse Theory. Habermas on Law and Democracy.** In: **Cardoso Law Review.** New York: Yeshiva University Press, March/1996, p. 1205-1206.

¹⁰⁰ FIORAVANTI, Maurício. **Constitucion: De la Antigüedad a Nuestros Dias.** Madrid: Trotta, 2001, p. 157-158.

representam no parlamento, e assim na paz social, a justiça constitucional parece instrumento idôneo para realizar esta idéia”.¹⁰¹

Mas, por qual razão um órgão de jurisdição constitucional pareceria , como diz Kelsen, “instrumento idôneo para realizar esta idéia”? Por que poderiam os juízes, na pena de Dworkin (1999, p. 449-450), ser considerados teóricos políticos não menos competentes que os legisladores para garantir que “alguns direitos constitucionais se destinam exatamente a impedir que as majorias sigam suas próprias convicções quanto ao que a justiça requer”?

Permanece ainda em aberto o porquê de terem entendido os norte-americanos, nos idos do século XVIII para o século XIX, muito antes dos europeus, dever ser o Poder Judiciário o fiel depositário de suas tradições e aspirações de liberdade, guardando governantes e governados respeito por seus pronunciamentos de confirmação desse fundamento daquela comunidade política. É o que procuraremos analisar no próximo capítulo desta dissertação.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit.** In: *Veröffentlichen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*; Caderno 5. Berlin e Leipzig: VVDStRL, p. 53

CAPÍTULO III

O PAPEL DOS JUÍZES NA ESTABILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MODERAÇÃO

Marshall, ao arrematar seus argumentos em prol da judicial review em *Marbury v. Madison*, destacou que a “particular fraseologia da Constituição confirma e fortalece o princípio, suposto ser essencial a toda constituição escrita, de que a lei repugnante à constituição é nula, e que os tribunais, assim como outros departamentos estão vinculados a este instrumento”¹. Essa referência à “particular fraseologia da Constituição” denota o quão movediça era então a tese da fiscalização judicial da constitucionalidade das leis. Mesmo Hamilton, após ter se empenhado em demonstrar, no Paper n. 78, que a missão dos tribunais de justiça seria a de “declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição”, reconheceria, no Paper n. 82, não haver na Constituição “nenhuma sílaba que conferisse aos tribunais nacionais² o poder de interpretar as leis segundo o espírito da Constituição”.

¹ *Marbury v. Madison*. MARSHALL, J. *op.cit.*, p. 28.

² Essa questão viria a se manifestar como problemática, quando, após a Convenção de 1787, resoluções legislativas do Kentucky e da Virgínia declararam o poder dos Estados para decretar a inconstitucionalidade das leis federais à luz da Constituição. Atento a isso, Marshall, certamente, concedeu em reconhecer também aos juizes estaduais a prerrogativa dessa decretação, com a possibilidade, porém, de recurso, para decisão definitiva à Suprema Corte. O controle desconcentrado parece, assim, ter sido uma solução de forte componente política. Procedendo dessa maneira Marshall “mataria dois coelhos com uma só cajadada”: deslocaria o controle de constitucionalidade do âmbito parlamentar para o judicial e afirmaria a natureza federativa, ao invés de confederativa, do sistema de fiscalização. Mais tarde, em *McCulloch v. Maryland* (1819) a Corte de Marshall confirmaria essa doutrina. V. SAVELLE, M. *op.cit.*, p. 171-173..

Temos dito que esse expediente não estava expressamente consagrado no texto constitucional, o que não deve ser considerado como endosso a libelos no sentido de sua inexistência.

No capítulo anterior defendemos que se engendrara no processo constituinte a estabilização do princípio da moderação, ou de limitação do poder, inspirado em uma filosofia “garantística” (Canotilho) da liberdade, em sua configuração dual (negativa/positiva) presente na comunidade política norte-americana daqueles tempos; uma dualidade potencialmente conflitiva, polarizada por direitos fundamentais (liberdade negativa) e democracia (liberdade positiva), por federalismo e republicanismo, ou pelo que Michelman, citado por Habermas, chama de “tensão entre o domínio impessoal das leis fundadas em direitos humanos naturais e a auto-organização espontânea de uma comunidade, a qual se outorgam suas leis através da vontade soberana do povo”³.

Depois de criticar o “desencantamento das ciências sociais em relação ao direito racional”, apontando a fragilidade das doutrinas que levam a seu encapsulamento “monádico”, Habermas resgata, sob uma perspectiva sociológica, a função do direito como “charneira” entre mundo da vida e sistema.⁴ Mas seu interesse especulativo avança rumo ao que ele mesmo chama de “revalorização do direito racional”, não sem antes, no exercício da metacrítica, denunciar a “reabilitação geral de questionamentos da filosofia prática” sem consideração das contribuições da economia política e da teoria da sociedade.⁵ Por isso investe em uma abordagem dialogal entre os enfoques sociológico e filosófico sobre o tema de sua investigação: o direito como meio de interlocução entre “faticidade e validade”. Debruçando-se, inicialmente, sobre as obras de Weber, Parson e, num estágio posterior, sobre as de Kant e Rousseau, nos chama a atenção para o fato de que a “vontade unificadora e concordante” da autonomia privada e pública, de direitos humanos e soberania do povo, como naquelas circunstâncias vivenciadas pelos norte-americanos no final do século XVIII, requer um medium em que essas idéias “se interpretassem mutuamente”.

O renomado filósofo alemão constrói pontes entre os pensamentos de Weber e Parsons e os de Kant e Rousseau, a fim de melhor precisar a sua con-

³ v. SAJO, A. *op.cit.*, 1194. V. também HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 115 e 133.

⁴ HABERMAS, J. *op.cit.*, p.82.

⁵ Nesse sentido, Habermas chama a “Teoria da Justiça” de John Rawls (1971) de um discurso “ingênuo” (*op.cit.*, p. 83).

cepção sobre a natureza do Direito. Dos dois primeiros extrai como síntese a fusão dos argumentos de dominação legítima pela eficácia da ação estatal com a garantia de solidariedade social pela legitimação democrática derivada do exercício da cidadania em plenitude⁶. De Kant recolhe a sugestão de imposição apriorística ao legislador (representante da soberania do povo, da autonomia pública) do imperativo moral de respeito à liberdade individual para a construção do sistema jurídico, sendo que, de Rousseau, absorve a imanência de uma ética de respeito à autonomia privada no processo de construção da vontade geral e soberana⁷. Mas, ainda assim, observa que o pensamento kantiano tende a condicionar a soberania popular, ao passo que na doutrina de Rousseau haveria uma “sobrecarga ética do cidadão embutida no conceito republicano de sociedade”⁸. Essa orientação colocaria em evidência a necessidade de ação coercitiva por parte do Estado às vontades singulares opostas à vontade geral, apontando para a imperiosidade da limitação numérica das sociedades democráticas, porquanto, quanto maior a sociedade, maior a tendência de que comportamentos e interesses individuais pudessem ameaçar a vontade geral.

Habermas propõe a superação desse dilema oferecendo à consideração de seus leitores a idéia de que os imperativos morais devem irradiar-se -- em sociedades mais complexas e massificadas que a sonhada por Rousseau -- para a esfera da auto-realização ética através do processo democrático, dialogal, que encontra sua melhor expressão na democracia representativa. Isso porque as pessoas que “julgam e agem moralmente”, enquanto pessoas jurídicas inseridas na comunidade política (autonomia pública) precisam ser aliviadas de exigências de ordem: a) cognitivas, b) motivacionais e c) organizatórias. É o direito democraticamente elaborado quem resolve essas incertezas: através da determinação do legislador de “quais normas valem como direito” e dos tribunais quanto a adequada interpretação das normas para fins de aplicação; dispondo sobre a imputabilidade para os comportamentos desviantes, em razão de uma fraqueza de vontade para cumprimento do catálogo jurisdicionado dos imperativos morais, acordados por via democrática; induzindo esforços

⁶ v. HABERMAS, J. *op. cit.*, p.94-112.

⁷ *idem, ibidem*, p. 113-138.

⁸ HABERMAS, J., *op.cit.*, p. 136

cooperativos e realizações organizacionais com o fito de universalizar as orientações morais positivadas.

Cotejados todos esses ângulos, chegamos à ilação de sustentar Habermas que o direito é naturalmente reflexivo, pois, a par da explicitação de normas secundárias que servem para a produção do catálogo de normas primárias da orientação do comportamento das pessoas jurídicas naturais, impõe tarefas e comportamentos também catalogados a entes fictícios, inclusive órgãos de Estado. Nesse sentido, Habermas esclarece que, para que o “entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada seja duradouro” torna-se necessário que o processo de jurisdicização, entendido como limitação de liberdades, seja também limitador para o poder político.⁹ Esse processo de arrolamento, em suas três vertentes, constitui a demarcação das balizas da discricionariedade ou de vinculação, mas, de toda maneira, de limitação do poder político.

Na imbricação de Moral e Ética, que se codifica no Direito, o elemento coercitivo se faz necessário para converter a falta de força de vontade em comportamento a ser seguido na implementação da agenda moral consubstanciada em direitos fundamentais. Ou seja, o “Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados”.¹⁰

Essa realidade oferece aos detentores do poder político um grande potencial de ameaça garantido pelo que Habermas chama de “meios coercitivos da caserna”. Dessa forma, o procedimento democrático que instaura o direito com a compatibilização das postulações de autonomia privada e autonomia pública, só gera a legitimidade se, concomitantemente, impõe limites ao poder político: a força de que dispõe o poder político só pode ser acionada na medida e nas condições em que o próprio direito democrático a autorizar, para a satisfação do combinado jurídico de autodeterminação (moral)/auto-realização (ética).

Nessa senda reflexiva, o direito constitucional determinaria a remessa dessas tensões para o campo dos órgãos decisórios judiciais, de forma a fazer prevalecer, pelo devido processo, a força do argumento e não o argumento

⁹ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 169.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 171.

da força, mas dando-se ao argumento mais consistente meios coercitivos para sua observância. Particularmente na experiência norte-americana, essa reflexividade se faria inevitável e imprescindível, pois, ao contrário da história inglesa, a conformação do direito político não poderia buscar uma instância heterônoma (o monarca, no caso) para arbitrar divergências. Os constituintes americanos estavam entregues à própria sorte. Só pelo consenso poderiam evitar que a Nave-República ficasse à deriva e, assim, fadada à destruição pelo mar revolto das disputas conducentes à cizânia. Nesse sentido, a regulação dos conflitos e a previsão de limitadores do poder político só poderiam ser dispostos pela prática do entendimento, e não por simples negociação com fito à obtenção de um pacto.¹¹ Sem a possibilidade de recorrência a um ente superior que propiciasse uma integração efetiva¹², encontrariam a decisão vinculante pela própria autoridade, flutuante, da coordenação da ação, devidamente planejada, para que se aliviassem conflitos presentes e se outorgasse a instituições familiares a atribuição de resolução de contenciosos futuros, quer no âmbito das tensões interpessoais, quer entre indivíduos e poder político, ou mesmo entre entes e órgãos políticos, considerados a forma de Estado e o sistema de governo que as normas secundárias (orgânicas) estavam gestando.

Assim, a atuação decisional dos juízes no processo político seria não só um desencargo de demandas, em razão das incertezas cognitivas e motivacionais da interação autonomias privada/pública, no âmbito do Estado dos Direitos (Goyard-Fabre) como da própria essência do Estado do Direito, em que a capacidade de imputação de sanções de quem detém o poder político (as majorias, no regime democrático) precisa ser devidamente “domada” por algo familiar, para ser autorizada como direito legítimo.

Ao afirmar que o processo judicial constitui o “ponto de fuga para a análise de todo o sistema jurídico”, Habermas está, em verdade, destacando esse aspecto do problema. E serve de apoio à nossa posição de resgate do judge/bench made law inglês e de sua valia como referencial básico e inarredável para o constitucionalismo norte-americano, na vaga de “devolução da

¹¹ *idem, ibidem*, p. 178.

¹² v. BATISTA, Vanesa Oliveira. *Elementos de Teoria da Constituição: de Carl Schmitt aos Dias de Hoje*. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 87. Belo Horizonte: UFMG, julho 1998, pp. 44 e 51

independência” (Kramnick) ao Judiciário. Entendemos que as experimentações que se iniciaram com as decisões dos juízes régios e que desaguam na jurisdição constitucional norte-americana dão suporte à tese habermasiana de co-originariedade e complementariedade recíproca entre Direito, Ética e Moral¹³ e da natureza reflexiva do Direito.

Moreira, estudando esse tema, nos recorda ainda que aquela complementariedade tem um viés basicamente processual. Nesse sentido, devemos recuperar as ponderações de David quando, ao distinguir o judge-made-law do statutory law, frisa o fato de aquele se voltar essencialmente para os aspectos procedimentais de composição das lides, evitando o enfrentamento de questões de direito material¹⁴. Habermas observa que isso se deve à necessidade de, para maior celeridade e eficácia na concretização da “norma de orientação de comportamento”, levar-se a efeito uma descarga de exigências de justificação, “um alívio causado pelo uso do instrumental jurídico à problemática de fundamentação”¹⁵. Novamente é Moreira quem destaca que essa redução das motivações morais não significa sua renúncia, como propôs Weber, abrindo, destarte, uma vereda para doutrinas positivistas e sistêmicas do direito.

“Entrementes – explica Moreira –, com a estrutura pós-tradicional da esfera jurídica aguça-se a questão, pois a fundamentação do Direito passa ser agora uma questão de princípios. É isso o que se observa no bojo das constituições modernas, especialmente nas seções dedicadas aos Direitos fundamentais e ao princípio da soberania popular, o que torna o problema da justificação estritamente necessário, uma vez que pelo processo mesmo de criação das leis se introduz nele a estrutura peculiar da fundamentação.”¹⁶

Indo mais adiante das reflexões de Habermas a propósito da pretensão de universalidade que, pela experimentação conferem a uma norma o status de princípio, é preciso considerar que o princípio, não obstante seu caráter de fundamentalidade e sua natureza vinculante (donde sua pretensão universal/deontológica) se apresenta em tal grau de abstração e indeterminação que carece “de mediações concretizadoras”¹⁷.

¹³ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 139-154.

¹⁴ DAVID, René. **O Direito Inglês**, trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 7.

¹⁵ MOREIRA, L. *op. cit.*, p. 33 e 82.

¹⁶ *idem, ibidem*, p. 34.

¹⁷ CANOTILHO, J.J.G, *op. cit.*, p. 1034.

Outra não é a hipótese da limitação (ou moderação) do poder político, no âmbito da Constituição dos EUA.

A Suprema Corte, manifestando-se no caso em apreço, buscou preencher essa lacuna, estabelecendo, destarte, condições de sua aplicação, com base em juízo de equidade. Toda vez que esse vácuo se apresenta e, em sede de jurisdição constitucional essa situação se verifica com maior intensidade que na jurisdição ordinária,

“o tribunal constitucional terá o poder de desenvolver novos princípios ou transformar o que se intencionava ser a regra, por via constitucional, em um princípio relativamente indefinido. O resultado é um patamar de menor previsibilidade, em comparação com a administração ordinária da justiça a que se recorria como standard nas teorias da separação de poderes. A certeza legal sofrerá, em razão da imprevisível intervenção de princípios, que agem como o *deus ex machina* numa clássica peça francesa. A questão é em que extensão as comunidades política e legal agirão como a audiência na comédia francesa, achando normal tais surpreendentes intervenções.”¹⁸

A chave da questão está em apreender como, apesar das incertezas e das imprevisibilidades decorrentes de decisões alicerçadas em princípios, operadores do direito e agentes políticos tenderiam a achar normal as “surpreendentes intervenções de princípios” esculpidos ou desvendados pela jurisdição constitucional. A avocação ou assunção consentida de autoridade para tanto deve ser compreendida no bojo de geniais contribuições de Habermas para entendimento da questão.

Ao tratar da coordenação da ação entre interlocutores, gerando, pela interação, obrigações resultantes do consenso, Habermas não se esqueceu da “alta possibilidade de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas”, o que tornaria o “agir comunicativo inteiramente implausível”¹⁹ Para ele, esse risco

¹⁸ SAJO, A. *op. cit.*, p. 1221, tradução nossa.

¹⁹ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 40. Para os que pretendem avançar do plano da legitimação para o da legitimidade, como recorrência permanente de testes de verificação da consistência da cobertura dos imperativos morais pelo direito, considerada a complexidade da contemporaneidade, é indispensável a leitura das reflexões de Marcelo NEVES sobre a âncora do consenso procedimental em face do “dissenso contenedístico “para viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação” (*Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas*. In: SOUZA, Jessé (org.) **Democracia hoje: novos desafios**

só poderia ser arrefecido se as tratativas para concertamento da ação unificada fosse precedido do compartilhamento de “contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. Os entendimentos explícitos movem-se, de si mesmos, no horizonte de convicções comuns não-problemáticas; ao mesmo tempo, eles se alimentam daquilo que *sempre foi familiar*”²⁰.

É essa ambiência de familiaridade que nos permite compreender a assimilação, em larga medida, em que pesem as turbulências do curto período de associação confederada e dos embates no Governo Jefferson, da prerrogativa de juízes se colocarem como defensores da perenização da liberdade con(st)itucionalizada. Da mesma forma, é essa noção de familiaridade que nos permite revisitar a perplexidade de Berger quanto à exigüidade de debates convencionais em torno do papel do Judiciário e a despreocupação dos *Framers* com o tema da revisão judicial²¹.

No Capítulo I procuramos mostrar como os juízes reais ingleses haviam desempenhado relevante papel na integração e estabilização da comunidade política. A aceitação de sua autoridade, para tanto, decorreu da captação por amplas parcelas da população da notória habilitação de certas pessoas para exercer função jurisdicional.

Essa capacidade para ditar justiça (*juris dictio*) fora sendo construída, em parte, pela percepção, em primeiro lugar, de que os juízes reais, treinados nas guildas jurídicas, buscavam ser imparciais e, portanto, aptos para a atuação como árbitros. A formação corporativa, ademais, como analisamos, passava por uma ritualística iniciática que era cara aos que nutriam expectativas de superação da rigidez hierárquica da sociedade feudal.

A dignificação dos operadores do direito -- conjunto de onde eram escolhidos os julgadores do monarca -- contudo, deve ser compreendida pelo que se estende adiante do reconhecido mérito de homens que devotariam a vida ao estudo e aplicação da lei²². Nas Inns of Courts, como dissemos antes,

para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, 2001, pp. 111-163).

²⁰ *idem, ibidem.*

²¹ Essa constatação reforça a pertinência da assertiva de Habermas a propósito do “fundamento esquecido do sentido da prática cotidiana e da experiência do mundo” (*op. cit.*, p. 41).

²² LLOYD escreve: “*desde os tempos mais recuados, os juízes régios eram considerados as verdadeiras fontes e os expositores do princípio e suas sentenças, devidamente arquivadas, na decisão de ações judiciais, desfrutavam de uma auréola de venerabilidade e autoridade peculiares*” (*op. cit.*, p. 346).

prevalecia um clima de fraternidade entre os profissionais do direito. As decisões judiciais eram ali amplamente discutidas e criticadas. O clima de camaradagem perpassava também as relações entre advogados das partes e juízes: sem qualquer formalidade, julgadores e representantes das partes envolvidas argumentavam livremente: levantavam-se pretensões; críticas à validade da proposição podiam ser contraditadas, ou não, o que conferia ou negava validade (*Gültigkeit*) à postulação, com o desfecho chancelado judicialmente pela opção binária (sim ou não) à tutela procurada, findas as etapas de persuasão e convencimento do árbitro. Por maiores que fossem as resistências argumentativas, por mais acalorados que fossem os debates, esse jogo pressupunha um acordo prévio entre membros de uma fraternidade, um consenso procedimental, baseado no entendimento de que, esgotado o espaço para exposição dos interesses das partes, com tolerância para a argumentação do adversário, seria preciso dar à discussão definitividade com o pronunciamento judicial devidamente arrazoado.

Diz Habermas que a “justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação geral”²³. A resolução de um contencioso trazido à colação do julgador, ensejando o deferimento de proteção a alguma das partes envolvidas, com aceitação ou recusa de validade ao pedido, era deduzida em discursos de justificação devidamente escriturados. Esses relatórios eram arquivados, estudados e, na medida em que obtinham consentimento geral, convertiam-se em axiomas válidos para todos (*Geltung*)²⁴, como pressupostos fáticos, *prima facie*, imunes a revisões e que validariam idêntica ou análoga determinação de conduta em contenciosos posteriores.

O que acabamos de anotar pode bem ser definido como primórdio da sistemática das partes contrárias (ou princípio do contraditório) e a ampla defesa. Sua importância se firmaria pelo motivo de que, por provocação das partes, os juízes ficavam obrigados a apreciar cuidadosamente cada argumentação dos litigantes para, posteriormente, explicar as razões de seu próprio convencimento. Uma vez publicadas suas razões, essas se tornavam objeto

v. também p. 327.

²³ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 32. v. também LLOYD, D. *op. cit.*, p. 328.

²⁴ *idem, ibidem*.

de aferição pública de sua consistência lógica/factual; sua assimilação “por interpretação geral” bem pode ser entendida como o cenário performático de “juízos verdadeiros que superam o tempo” a que se refere Habermas²⁵.

Assim, a relevância dessa sistemática do contraditório e da ampla defesa se torna evidente, na medida em que percebemos o papel dos procuradores das partes contendoras de instar o magistrado a decidir de forma fundamentada. Nesse sentido, o contraditório, a ampla defesa e a independência pessoal do juiz eram garantias de que qualquer pessoa mereceria ser protegida de julgamentos prévios e injustificados; mas, também eram contributos para a segurança da sociedade²⁶. No conhecimento dos fundamentos da decisão judicial reforçava-se o escopo de integração da sociedade; se havia aceitação das razões do julgador, isso tendia a ser padronizado e mantidos “seguros e válidos os processos pelos quais a sociedade inflige seus castigos a um de seus membros que não respeitou suas leis”.²⁷ Sob a capa da simples deliberação processual transpareceria um *princípio* fundamental do constitucionalismo, a saber, o de proteção dos indivíduos e da sociedade civil frente ao Estado.²⁸

Devemos considerar ainda que a padronização normativa obtida pela sistemática do *judge/bench made law* não pode ser confundida com a legitimação tradicional (Weber) das ordens feudais. Nessas, a “legitimação” decorre da observância da sacralidade do “natural”, do que sempre existiu²⁹, ou, como diz Habermas, “se apóia numa familiaridade rude, quase mecânica”³⁰. Ora, no caso do direito judicial, “a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto”³¹. Não fosse assim, apenas para treplicar eventual contradita, não teria havido, na *praxis* jurisdicional norte-americana, as releituras da questão da igualdade civil, ante a já citada decisão em *Dred Scott v.*

²⁵ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 31.

²⁶ *Idem, ibidem*, pp. 160-164.

²⁷ v. FULLER, Lon L. **Sistemática das Partes Contrárias**. In: BERMAN, Harold J. (org.), *op. cit.*, pp. 34-35. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 117.

²⁸ V. HABERMAS, J. *op. cit.*, pp. 159-163.

²⁹ v. WEBER, M. *op. cit.*, p. 29-30

³⁰ v. HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 96.

³¹ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 57.

Sanford, com as prospeções inclusivas da Suprema Corte em *Guinn v. United States*, *Neal v. Delaware*, *Nixon v. Herndon*, *Nixon v. Condon*, *Smith v. Allwright* (direitos políticos), *Shelley v. Kraemer*, *Oyama v. Califórnia*, *Barrows v. Jackson* (contratos restritivos), *Missouri v. Gaines*, *Sipuel v. Board of Regents*, *Sweatt v. Painter*, *McLaurin v. Oklahoma*, *Brown v. Board of Education*, *Browder v. Gayle*, *NAACP v. Alabama* (segregação) e, mais recentemente, *Grutter v. Bollinger* (ações afirmativas ou discriminação positiva)³².

Outro aspecto processual/comportamental dos magistrados a merecer pontuação diz respeito a sua auto-contenção (*self-restraint*), só se manifestando sobre altercações uma vez solicitados e limitando-se à condução da lide de forma a evitar a dispersão do debate, tendência que poderia prejudicar o exame das *provas* e dos fatos e a operação de subsunção. Lembra-nos Moreira que o sentido da auto-limitação não deve ser confundido como renúncia à função que lhe está constitucionalmente cometida, mas como imposição do dever constitucional de não substituir o poder legislativo no exercício das atribuições de conformação normativa.³³ Isso adquiriria especial relevância na cena política norte-americana, em que se descortinavam forma de Estado descentralizada (federalismo) e sistema de governo (presidencialismo) caracterizados pela articulação de uma rede de contenções recíprocas entre os distintos ramos do poder de Estado.

Por seu turno, “o acordo racional da comunidade de interpretação geral” pode explicar a combinação dos céleres expedientes decisórios, voltados para o estabelecimento da paz social, fundados na equidade e mitigação do direito consuetudinário feudal, sem perda, porém, do horizonte de observância de precedentes (*common law*). Dawson, depois de discorrer sobre os imperativos de publicização das opiniões judiciais, para que “qualquer cidadão possa conhecer as razões das decisões judiciais, fiscalizando-as e criticando-as” sustenta que decisões conhecidas, justificadas – ao que acrescentamos

³² v. SCHWARTZ, B. *op. cit.*, 222-239. Ver também GOMES, Joaquim Barbosa . **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação Afirmativa no Direito Norte Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³³ MOREIRA, V.*op.cit.*, p. 194-195. A auto-contenção não se confunde com o “passivismo” a que se refere Dworkin (1999, p. 441 e seguintes).

amplamente aceitas – apontavam para o estabelecimento de “continuidades no processo judicial”³⁴.

Podemos constatar, até este ponto, que no exercício da função jurisdicional, pelos magistrados do rei da Inglaterra, preocupados com a segurança legal, a clareza e a previsibilidade, afunilavam-se e, por certo, vinham a ser correspondidas expectativas de imparcialidade, moderação, justificação, consistência, bem como celeridade e empenho na acomodação de interesses em disputa. É essa familiaridade – ou, repetindo Dawson, “continuidade do processo judicial” que seria trasladada para o solo e sociedade americanos³⁵ e que, uma vez expressa em *Marbury v. Madison*, não suscitaria, para além da militância jeffersoniana, nenhum protesto de anormalidade, em face de uma “surpreendente intervenção de princípio”. Para a “comunidade de interpretação geral” o acórdão pareceria, assim, uma clara definição de direito processual, na qual o recurso à equidade teria sido absolutamente familiar e compreensível, merecendo passar do plano da “*Gültigkeit*” para o da “*Geltung*”.

A passagem do primeiro para o segundo plano exigiria dos discursos judiciais de justificação uma pretensão de universalidade, positividade e de sensibilidade, ou, na expressão de Dworkin, a combinação de segurança jurídica e justiça. Vemos nisso traços em comum (universalidade e positividade) e distintivos (sensibilidade) do “*direito dos juizes*” vis-à-vis o direito estatutário. É interessante observar que, enquanto o Parlamento não viesse a se constituir no epicentro da ação política, ou pelo menos durante o processo de sua conversão no locus dominante da cena política inglesa, a pretensão de universalidade das decisões do *common law*, derivada, inicialmente de seu papel uniformizante da conduta dos súditos do rei, era realimentada pela praxis do precedente. O poder de legislar, isto é, de formulação da norma geral e abstrata a ser observada, em sendo adjudicado ao Parlamento, abria espaço para uma luta em torno da legitimidade do deslocamento dessa pretensão de universalidade para a assembléia parlamentar -- com base na doutrina contratualista que caracterizava a soberania popular por sua unidade e indivisibilidade -- ou para sua manutenção na órbita do Poder Judiciário. Nesse enquadramento podemos compreender a preocupação de Coke, no início do século XVII, em não aderir incontinenti ao simples deslocamento de uma espécie de monismo do poder soberano, da pessoa do monarca para o Parlamento. Coke, e isso ficou expresso

³⁴ v. DAWSON, John P. **As Funções do Juiz**. In: BERMAN, Harold J. (org.), *op. cit.*, pp. 22-30.

³⁵ BEARD, C. *op. cit.*, pp. 552-555.

em *Dr. Boham's case*, era um partidário da forma pluralista do poder soberano: à *praxis* judicial caberia sinalizar o *dever ser* da vida em sociedade, pautando as limitações da liberdade entre os indivíduos e entre o Estado e aqueles.

Na medida em que a engenharia constitucional norte-americana tivesse que repudiar a totalidade parlamentar inglesa, de onde emanavam diretrizes com pretensões de universalidade e positividade lastreadas na unicidade da soberania popular, ficava mais clara a motivação para consideração da autoridade judicial na formulação de diretrizes igualmente universais e positivas, em concorrência com as deliberações parlamentares, ou seja, a aquiescência da comunidade geral de intérpretes norte-americana à doutrina de Coke, e o seu papel imprescindível no propósito de, pelo Direito, limitar-se a ação do poder político (natureza reflexiva do Direito).

Observamos antes que, ao desempenharem a função jurisdicional os juízes régios, a um só tempo, proporcionavam a satisfação de expectativas emergentes e contagiantes de amplas parcelas de súditos, desconstituindo, por extensão, a autoridade dos tribunais feudais, marcados pela parcialidade e intrincados procedimentos que só alimentavam a prevalência dos interesses do senhorio e constituindo a positivação de um direito uniforme. Vimos também que esse processo não se desenvolveu de forma linear. A Carta Magna, de 1215, impusera obstáculos a sua progressão. Ao contrário do que possa parecer, essa frenagem não conduziu ao restabelecimento do *status quo ante*, mas à superação dialética, pela síntese de uma ambiência política, sustentada pelos tribunais, de cooptação e convivência de contrários, de combinação dos ditames de liberdade negativa com a liberdade positiva.

De particular importância reveste-se a construção judicial da garantia de liberdade de religião, o que, para Jellinek, seria a verdadeira origem dos direitos fundamentais³⁶. Com efeito, não podemos ignorar o debate entre Bacon e Coke (em especial as controvérsias de 1608 e 1616), acerca do poder absoluto do Rei Jaime I (Stewart), por outorga divina, quando Coke sustentou que as prerrogativas reais derivavam do *common law*, o que punha em xeque a totalidade religiosa (e todos efeitos arbitrários disso decorrentes) a cimentar

³⁶ citado por CANOTILHO, J.J.G, *op. cit.*, p. 352.

a soberania centralizada na pessoa do monarca³⁷. Não muito tempo depois, os peregrinos, defensores aferrados da autonomia individual em assuntos religiosos e da separação entre Igreja e Estado, partiriam para a América, levando consigo, além das esperanças de professar a religião sem restrições, a memória dos ataques de Coke à absolutização do poder real³⁸.

Essa temática merece algumas considerações ulteriores. A própria existência da polêmica em questão deixa transparecer a insustentabilidade – pelo menos entre os ingleses do século XVII – das “garantias meta-sociais do sagrado” (Habermas) que tornavam possível, no jargão habermasiano, “a força de ligação ambivalente de instituições arcaicas e, assim, uma ligação entre facticidade e validade, na própria dimensão da validade”. O certo é que, em que pese a centralização política em torno do monarca, possibilitada em grande medida pela jurisprudência das cortes reais, a Inglaterra nunca chegou a vivenciar o absolutismo fulgurante como em França, Espanha ou Portugal³⁸, igualmente pela ação de órgãos judicantes. É nessa contextura que adquirem relevância as palavras de Habermas:

“Encontramos a solução desse enigma no sistema de direitos que provê as liberdades subjetivas de ação com a coação do direito objetivo. Do ponto de vista histórico, os direitos subjetivos privados, que foram talhados para a busca estratégica de interesses privados e que configuram espaços legítimos para as liberdades de ação individuais, constituem o núcleo o direito moderno”.³⁹

De fato, ao progressivo esvaziamento dos tribunais feudais e, simultaneamente, ao crescimento da monopolização do direito positivo correspondeu a substituição do uso indiscriminado da força na defesa dos direitos “naturais” por autorizações para proposituras de ações judiciais contra o próprio poder

³⁷ v. FRIEDRICH, Carl J. **Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito**, trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 94-101.

³⁸ No *Mayflower Compact*, redigido e assinado em 11 de novembro de 1620, já se assentava a base de organização de uma sociedade que deveria fundar-se no reconhecimento mútuo de sujeitos políticos que conviriam e se pactuariam como corpo político civil e editariam normas de convivência justas e iguais, visando o bem-comum, a que todos prometiam submissão e obediência, além de ajustarem a periódica reunião para confirmação ou revisão do ordenamento positivado. v. GEHLMANN, John, BOWMAN, Mary Rives (org.) . **Adventures in American Literature**. New York, Chicago, Atlanta: Hartcourt, Brace & World, Inc., 1958, p. 443.

³⁸ CARVALHO NETTO, ao analisar o caso inglês fala em um absolutismo “fraco e tardio”, semelhante ao que se passava na Dinamarca e Suécia (v. CARVALHO NETTO, M. *op. cit.*, p. 97).

³⁹ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 47.

do Estado⁴⁰. “Esses direitos de defesa protegiam as pessoas privadas contra interferências ilegais do aparelho do Estado na vida, liberdade e propriedade” (Habermas). A jurisdição tornava-se, portanto, instrumento de “normatização do direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade” (Habermas). Seria meio pelo qual se compatibilizavam coerção (facticidade) e liberdade (validade): “de si mesmo, o direito está ligado à autorização para o uso da coerção; no entanto, esse uso só se justifica quando ‘elimina empecilhos à liberdade’, portanto, quando se opõe a abusos na liberdade de cada um”⁴¹. Por isso mesmo, Habermas diz, com apoio no conceito de legalidade em Kant, que “normas do direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade”.⁴²

Ora, se a preocupação central do processo constituinte norte-americano foi a de buscar a compatibilização entre os impulsos difusos de liberdade e coerção, a institucionalização de um sistema de arbitragem dessas demandas passaria, necessariamente, pelo resgate do que lhes era *familiar* em termos de composição de interesses, ou seja a legitimidade dos juízes para operarem as tensas solicitações de liberdade, impondo-se aos jurisdicionados o acatamento da decisão definitiva. É o que explica, tal “como na comédia francesa”, a aceitação da intervenção do surpreendente princípio apurado em *Marbury v. Madison*, de que o legislador deve ser moderado na consecução de seu programa de metas sufragado pela maioria (Dworkin), em face de princípios constitucionais revelados por uma autoridade legitimada para tanto: a magistratura.

Dworkin lembrou que essa consideração da aptidão dos juízes para a difícil tarefa de composição dos impulsos de liberdade e coerção devia-se em grande medida ao fato de que também os juízes estavam sujeitos a *accountability e responsiveness*⁴³. A sistemática dos precedentes e da equidade, como anotamos, implicava submeter a decisão judicial ao crivo do assentimento

⁴⁰ É nesta passagem que Habermas diz que, “uma vez que todas as comunicações a nível do direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico” (*op.cit.*, p. 244).

⁴¹ *idem, ibidem*, p. 49.

⁴² *idem, ibidem*. v. também MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 33.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

geral quanto a sua consistência em termos de compatibilização de segurança e justiça. Assim, a não-observância da “história institucional que faz parte do pano de fundo de qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo” (Dworkin) forçosamente dispararia um sinal de alerta de ameaça aos entendimentos ou acordos pretéritos de admissão geral da orientação judicial já fixada. Essa inovação, dessa maneira, promoveria a ressurgência do debate em torno da regra estabelecida ou da nova regra, entre história e justiça, espreado-se para repetidas e incessantes avaliações das incongruências e dos pontos de contato entre ambos. Seguramente, os norte-americanos, obcecados pelo desafio de montar o edifício dos *checks and balances*, haveriam de, no limite, tematizar a própria invalidação de juízos desparatados pelo expediente do *impeachment* dos magistrados⁴⁴, para além do que se colocaria a hipótese de rupturas, como se verificou na Guerra Civil.

Crítico da infalibilidade das decisões majoritárias, Dworkin assinala que as decisões judiciais alinhavadas em consonância com interesses circunstancialmente minoritários ainda assim deveriam prosperar – e, de fato, ainda estão a prosperar –, quando, uma vez submetidas à responsabilidade política, demonstravam afinidade com princípios jurídicos essenciais à conservação do tecido social, discursivamente sedimentados, e que, por isso, legitimamente desafiam e relativizam as metas coletivas eventualmente majoritárias.⁴⁵

Isso explica a naturalidade com que foram sendo aceitas posições de tribunais constitucionais que, por vezes, atuavam como retarguarda de forças políticas já afastadas do poder e convertidas em minorias. Se o discurso de justificação das decisões remete a princípios de ampla aceitabilidade, essas tendem a prevalecer, ao contrário do que ocorreria se a justificação se prendesse à mera repetição das palavras-de-ordem da agenda política minoritária⁴⁶. Ao enfrentar o argumento de que o ativismo judicial seria incompatível com o respeito às opções majoritárias que consolidam o regime democrático, argumento esse sintetizado na oração “quem não tem votos não tem legitimidade para emitir comandos com força de lei”, Coelho enfatiza que “essa tese, de consistência aparente, poderia ser enfrentada com o argumento de que os juízes, embora não possuam *legitimidade de origem* para produzir normas

⁴⁴ v. HAMILTON, A. *op. cit.*, p. 496.

⁴⁵ DWORKIN, R. *op. cit.*, p. 141-147.

⁴⁶ SAJO, A. *op. cit.*, p. 1205.

jurídicas, de certa maneira têm-na *adquirida* com a aprovação social do seu comportamento”⁴⁷.

Marbury v. Madison é caso ilustrativo de uma deliberação adotada por uma corte afinada com posições políticas minoritárias, mas que se manifestou no sentido do balizamento da discricionariedade legislativa com fulcro em princípios extraídos da “particular fraseologia da Constituição” e revigorados pelo conjunto da cidadania norte-americana no início do século XIX. Para isso contaram a retomada das emboloradas teses dos protagonistas dominantes, na cena política em 1803 e envolvidos diretamente na lide *sub judice* -- Madison e Jefferson -- e a obstaculização da banalização do impeachment de juízes, a partir de 1805.

Os tribunais constitucionais que se miram no exemplo da Suprema Corte de Marshall reforçam dois pilares do regime democrático, tão negligenciados pelas maiorias vocacionadas para o despotismo. O primeiro, a preservação da dignidade da pessoa humana: ninguém pode ser deixado para trás (*left behind*). O direito, como corporificação racionalizadora de impulsos morais e éticos deve agasalhar cada um – e exigir respeito dos demais e do Estado – em suas pretensões de viver, satisfazer suas necessidades, desenvolver suas aptidões, autodeterminar-se, ser respeitado, expressar-se livremente e participar da *polis*. Segundo, a preservação das chances de assunção à condição de hegemonia decisória por forças, a um certo tempo, oposicionistas e minoritárias e, assim agindo, permitem a conformação de uma nova maioria e a transferência democrática do poder, sem a necessidade de recorrência a meios violentos.

Ao longo deste trabalho permitimo-nos afirmar que nos idos de 1787 poderia não ser pacífica essa crença na autoridade da magistratura como instância de arbitramento dos fundamentos jurídicos de ordenação de uma sociedade como aquela, em que se exacerbavam os gritos de auto-realização ética. Mas essa turbulência não possuía história: ao contrário, a história joga água no moinho da aceitabilidade, no período anterior à Independência, das decisões judiciais fulcradas na “consciência” e no precedente naqueles contenciosos envoltos em névoa quanto à regra a ser aplicada pelos juízes indicados pelo rei. Kramnick assinala que, para os federalistas, críticos da fragmentação política pós-Independência, “especialmente urgente era **devolver** independência ao

⁴⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **A Criação Judicial do Direito**. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 49, Número 187, Janeiro/Junho 1996, p. 54. Também SCHWARTZ, B. *op. cit.*, p. 145.

judiciário – cujas funções tinham sido tão freqüentemente usurpadas pelos legislativos estaduais – em nome da separação de poderes”⁴⁸. Na medida em que mesmo aferrados defensores da soberania popular, ao modo de Rousseau, passavam a compreender que o preço a ser pago pela exaltação paroxista do princípio seria a sua própria destruição, viriam a aceitar um poder político de dizer e de afirmar a norma fundamental de convivência. Tratar-se-ia de um poder de sanção que se admitia como garantia da sobrevivência do próprio Estado, sem prejuízo da verificabilidade da consistência de suas manifestações com o próprio estatuto da coesão societária, o que, aliás, seria a garantia moral de sua força coativa, como já preconizava Hamilton.

É conveniente recordar que já por volta de 1780 os Estados de Nova York, Massachusetts e New Hampshire haviam emendado suas constituições, no sentido de melhor especificar as competências de cada um dos poderes, concebendo o mecanismo de interferências recíprocas, o que pode ser encarado como uma tentativa de enfraquecimento das legislaturas onipotentes. Num primeiro momento as treze colônias haviam reproduzido o modelo político inglês de soberania indivisível residente no Parlamento. Aos poucos, e, certamente, em razão das chamadas “leis injustas” (Madison) de desapropriações e alterações contratuais, passou-se a sustentar que a soberania centralizada na instância parlamentar era inapropriada para a realidade norte-americana. Isto porque, ao contrário da Inglaterra, onde, desde a Revolução Gloriosa, era praticamente cediço que o Parlamento incorporava três estados ou ordens sociais – monarquia, nobreza e povo –, na paisagem social americana o que se via era apenas o povo. Ora, uma efetiva separação de poderes, nesse sentido, não se apresentaria como algo temerário, na medida em que somente o povo preencheria os cargos executivos e judiciais, que, ademais, controlados por uma via de mão dupla, não cometeriam excessos.⁴⁹

Esse tipo de argumento pode ser considerado como de natureza estratégica, devotado muito mais ao sucesso imediato da causa de redução da autoridade da legislatura, como era de interesse sobretudo dos banqueiros e comerciantes, do que a preservação fraterna da “nação” americana. Em todo caso, apesar de fortes enlevos oposicionistas, propiciou modificações constitucionais que deram realce ao ramo executivo, com o reconhecimento da independência aos governadores, eleição direta dos mesmos, prolongamento dos mandatos

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 44, negritos nossos.

⁴⁹ v. MAY, C e IDES, A. *op. cit.*, p. 5.

e reconhecimento do direito de veto executivo no processo legislativo. Isso demonstra que a questão da univocidade da soberania era, de fato, um terreno aberto a disputas comunicativas. No que respeita ao judiciário, no embalo, os membros da magistratura começaram a sustentar para si próprios a prerrogativa de aferir a adequação das decisões legislativas às constituições estaduais.

Para Habermas o processo judicial constitui o “ponto de fuga para a análise de todo o sistema jurídico”, ou seja, se buscarmos os fundamentos ou a etiologia dos ditames de “segurança jurídica” e “justiça”, no itinerário inverso, encontraremos ali, no processo judicial, o ponto de encontro entre faticidade e validade.

Nesse sentido, na germinal experiência norte-americana, a garantia discursiva de que o judiciário seria também ele expressão do povo, mediante sua organização por um processo de raízes democráticas, controle, em alguma medida, pelos demais poderes políticos, além da exposição pública das motivações para a conclusão a que se chegava, para reflexão crítica no seio da população, indica o caminho da evidência da natureza processual da moralidade justificadora da aquiescência da autoridade coativa dos juízes.

Com efeito, a *praxis* judicial seria o campo de provas que viria a reforçar a percepção generalizada de que, na pessoa do juiz, pode e deve ser reconhecido o meio adequado e necessário de obtenção do *equilibrium* entre as entradas (*inputs*) – sinceras ou disfarçadas –, do “mundo da vida”, de idealidades e interesses que adotam a vestimenta das liberdades – positivas e negativas –, exibem as consígnias de auto-realização ética e imperativos sistêmicos da economia e da administração. Habermas, já o dissemos, fala do direito como a “charneira” (dobradiça) ou o “transformador”⁵⁰, a zona de encontro entre pretensões em busca de legitimação, que procuram ali se ancorar no meio apropriado para tanto. Em 1787 Madison já falava que a tarefa da legislação moderna consistia em regular “interesses diversos, concorrentes e conflitantes” de uma sociedade complexa “regida pelo mercado” e do governo como “juiz neutro” na arbitragem dos conflitos⁵¹. O direito, nesse plano, deve ser tido como foco para a resposta ao anseio de satisfação de distintas formas de agir

⁵⁰ *idem, ibidem*, p. 82.

⁵¹ v. Kramnick, *op. cit.*, p. 51.

na malha societária: a estabilização de expectativas (almejada pelos sistemas do “dinheiro” e do poder administrativo) e de construção de consensos entre indivíduos que se pretendem reconhecidos como cidadãos e que almejam o bem-estar comunitário (“a auto-realização ética”, no dizer de Habermas), idéia tão cara aos antifederalistas na república americana.

Sendo o direito, portanto, charneira ou transformador dessa articulação, mas carente de concretude ou tão somente realizável por atos de aplicação, o Poder Judiciário, em sede constitucional, seria o órgão que melhor funcionaria como maçaneta ou alavanca da necessária cinese jurídica. Isso porque, recorrendo a Dworkin, a “hercúlea” tarefa de harmonização se depararia, sempre, com a vinda à tona de problemas derivados daquilo que Habermas chama de “indeterminação cognitiva”⁵², ou que Coelho chama de “silêncio do legislador ideal”⁵³, forçosamente emergentes, quando se tem por missão tornar possível a compatibilização desses vetores conflitivos, mediante uma orientação por princípios apurados por autoridade imparcial e independente. Essa orientação seria vinculante para o destinatário de suas normativas, mas, ao mesmo tempo, vinculada a direitos que o conjunto dos destinatários, conquanto sujeito coletivo da soberania popular que assume o papel de autor da ordem jurídica (sujeito constitucional), lhes indica como observável.⁵⁴ É essa circularidade que demonstra a imbricação entre direito, ética e moral como fonte de legitimação processual do direito constitucional e sua *longa manus*, o juiz. Investigando, uma vez mais, as reflexões de Madison, verificamos que esse qualificara o papel do governo (aqui entendido como Estado) como “uma arbitragem desinteressada e desapaixionada de disputas”⁵⁵, não sendo demasiado insistir que a materialização desse sistema de arbitragem, para Madison, encontrava no Judiciário o seu ápice, temente que era o eminente estadista virginiano à contaminação do Legislativo pelas forças populares que se levantavam contra os círculos mercantis e financeiros.

Nessa traça, podemos melhor compreender o fenômeno da aceitação do controle de constitucionalidade assentado na “particular fraseologia da Constituição”. Bebericando nas fontes de Coelho, podemos dizer que a corte

⁵² HABERMAS, J., *op. cit.* p. 151.

⁵³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional.** In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 97.

⁵⁴ v. HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 139.

⁵⁵ v. Kramnick, *op. cit.*, p. 52.

de Marshall não se permitiu “pensar de novo o que já foi pensado, mas pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por outrem”⁵⁶. *Marbury v. Madison* comprova a tese da flexibilidade natural do direito a que alude Habermas⁵⁷.

Marshall, elucidou o “mistério”⁵⁸ da limitação da vontade do legislador, a partir do esclarecimento do sentido das normas constitucionais secundárias, determinantes de competência que cerceariam o mandatário legiferante. Essas normas serviriam de instrumental para vasculhar o universo obscuro da “norma primária de orientação de comportamento” que dita ao legislador a moderação quanto à realização de seu programa de metas escolhido democraticamente pela maioria dos cidadãos como projeto racional de sociedade justa e que tem no juiz constitucional a garantia do “caminho reformista de tentativa e erro como única solução moralmente imputável”⁵⁹, ante os estranhamentos da razão frente às opressões da realidade ou da revolução⁶⁰.

⁵⁶ *op.cit.*, p. 98.

⁵⁷ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 153.

⁵⁸ cf. LLOYD, D. *op. cit.*, p. 327.

⁵⁹ HABERMAS, J. *op. cit.*, p. 83.

⁶⁰ *idem, ibidem*, p.83.

CONCLUSÕES

Ao enunciarmos o objeto da presente dissertação – a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis –, arrolamos as indagações básicas, para as quais tínhamos o propósito de oferecer respostas adequadas.

Para que pudéssemos compreender a pertinência da censura jurisdicional dos atos normativos, a partir de uma pretensa autorização constitucional, urgia, num primeiro momento, investigar as origens desse procedimento e observar as relações entre Constituição, formalidade constitucional e controle de constitucionalidade.

Optamos, a partir de um enfoque metodológico sugerido por Canotilho, descortinar uma perspectiva histórica sobre a assim considerada, no constitucionalismo, decisão fundante da sindicabilidade judicial das leis: o acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

Chegamos à conclusão, após descrever as circunstâncias em que aquele pronunciamento judicial foi proferido, de que os registros textuais da Constituição dos EUA não oferecem elementos de convicção bastantes para aceitação da prerrogativa dos tribunais para o exercício dessa função. Devemos aqui observar que, em que pese a República brasileira ter considerado o modelo norte-americano como paradigma constitucional para sua forma de Estado e sistema de governo, o problema que, na introdução, identificáramos no exercício da jurisdição constitucional entre nós, no início do período republicano, era diametralmente oposto ao que se apresentara, nos exórdios do século XIX, para os norte-americanos. Com efeito, no Brasil, até as provocações de Rui Barbosa, ignorava o Supremo Tribunal Federal sua atribuição de *judicial review of legislation*, ante um texto constitucional explícito nesse sentido; já a Corte de Marshall entendera-se devidamente autorizada a empreender a revisão ju-

dicial das leis, à luz da Constituição, não obstante restasse patente que o texto constitucional não era claro na designação de tal atributo institucional.

A mera formalidade, isto é, a existência de um documento escrito, mostra-se insuficiente para responder à questão central: de onde adviria a legitimação do controle, pelo Poder Judiciário, dos atos normativos emanados do Poder Legislativo, instância, por excelência, da manifestação das normas de conduta societária, nos marcos do regime democrático representativo?

Os argumentos de Marshall suscitam dois aspectos básicos para compreensão do problema: a) a razão primeira de uma ordem político-constitucional deve ser a estipulação dos meios para moderar, limitar o exercício do poder político; b) a judicatura deve ser reconhecida como órgão institucional apropriado para levar a efeito a função de objeção e impugnação dos excessos cometidos pelos agentes políticos, tendo por parâmetro a Constituição.

Ante as reticências constitucionais, ou, em outras palavras, frente à debilidade do texto da Constituição dos EUA para dar solução a contento ao problema, fomos obrigados a buscar, para além das palavras escritas da Constituição, as fontes não-arentes de legitimação para as teses propugnadas por Marshall.

Começamos por estudar as motivações para que as decisões dos tribunais tivessem, de fato, força vinculante nessa matéria.

Nossas investigações levaram-nos à constatação de que *Marbury v. Madison* representou um momento peculiar de convergência de duas vertentes do *judge-made law* (ou *bench-made law*). A manifestação da Corte resgatou a praxis judicial inglesa de decisão por equidade (*equity*), em face das lacunas do texto constitucional e, concomitantemente, lançou o “discreto precedente”, a ser doravante observado, tal como ocorria na tradição do common law. Entretanto, diferentemente da equity, não podiam os juízes norte-americanos reportar-se a qualquer figura que simbolizasse um Estado soberano como fenômeno de coesão societária. Sua única referência para tanto só podia ser a vontade constitucional. Igualmente, em distinção do ocorrido, em 1610, na célebre decisão da *Court of Common Pleas – Dr. Thomas Bonham v. Royal College of Physicians sob orientação de Sir Edward Coke* -- o “oráculo da common law” -- Marshall não invocou o “direito judicial” para desconstituir um estatuto legal aprovado pelo Parlamento, mas, exatamente, para afirmar a supremacia de uma lei estatutária fundamental, elaborada por uma assembléia (convenção) parlamentar constituinte.

Devemos considerar, ainda, à guisa de conclusão, que a recuperação memorial das decisões de equidade, em matéria própria do campo do Direito Político resgatou a preocupação que já presidira as decisões de juízes ingleses quanto aos ditames de unidade e satisfação social, a partir de um órgão institucional instaurador de segurança jurídica e justiça, ao passo que o respeito ao *common law* reforçava objeções às teses da univocidade da soberania.

A opinião dos *Justices em Marbury v. Madison* declara a supremacia da Constituição como instrumento de conciliação do binômio *fortalecimento/moderação* estatal e do reconhecimento do Poder Judiciário como a instituição em que essa harmonização se faz possível.

A Constituição dos Estados Unidos da América enuncia uma “filosofia garantística” que já prevalecia na sociedade norte-americana, desde o período colonial, mas suas palavras não lhe conferem maiores delineamentos. É a reiterada e permanente aquiescência da sociedade norte-americana, com o passar dos anos, àquela decisão judicial a cancelar dito propósito constitucional – apesar do discurso lacunar do texto escrito – que realimenta a legitimação da postura adotada, em 1803, pela Suprema Corte.

Nela, na Lei Maior, se manifesta o propósito de salvaguardar a dignidade das pessoas frente ao Estado, sem enfraquecer a autoridade estatal; a própria Constituição, por outro lado, oferece o arcabouço necessário à proteção contra o arbítrio do poder, deferindo ao Judiciário, ainda que na imprecisão de sua literalidade, o papel de gestor dessas garantias.

Dado que essa arquitetura institucional provavelmente não teria prevalecido, se visasse tão-somente à conservação plutocrática – o que aparentemente buscava satisfazer –, valemo-nos dos ensinamentos de Bobbio para compreensão da legitimação como obtenção da lealdade do destinatário do poder político, vasculhando o universo das dimensões da obediência que gera estabilidade e procurando identificar na natureza da sociedade norte-americana, em seu regime político e nas peculiaridades das ações dos governantes, as bases para a compreensão da doutrina de Marshall e a generalização de sua aceitação.

Esse processo investigativo conduziu-nos a uma ênfase no acervo comum de “certezas portadoras” e “força de convicções aglutinadoras” (Habermas), presentes dos procedimentos de coordenação da ação de interlocutores voltados

para consensos vinculantes, antes mesmo de 1803. Isso porque a hipótese de aplacação do controle de constitucionalidade de forma impositiva afigurava-se inadmissível, ante a constatação de ser o Judiciário o poder desprovido da “bolsa e da espada” e, naquela oportunidade, em dissenso com os demais ramos do poder político.

Pudemos, então, observar que a teoria discursiva mostrou-se mais apta que os ensinamentos de Weber para dar resposta ao “enigma” posto, procurando compreender o fenômeno da legitimação como resultado da compatibilização dos conceitos *convenção e direito*: a ligação de interesses a idéias, ordem a justiça, e vice-versa, é que lhes confere força impulsionadora.

Da combinação dos enfoques propostos por Bobbio com o roteiro de indagações filosóficas apresentado por Habermas, foi-nos possível concluir que, por ocasião dos trabalhos convencionais de 1787:

a) a experiência de luta contra o inimigo comum, durante a Revolução Americana, era praticamente a única – mas não desprezível – evocação simbólica integradora de uma “nação de nações” (Whitman);

b) o que conferira aos norte-americanos o “rótulo” de nação, não obstante seu caráter plural, era a consciência de unidade e coesão por experiências compartilhadas de galhardia e dignidade, bravura e solidariedade, costuradas durante o período revolucionário; pelas expectativas uniformes para o futuro, em torno da idéia de “liberdade” e pela regulamentação da vida comunitária a partir da palavra pública e igualitária;

c) os convencionais convenceram-se da impotência da forma confederativa de Estado e do assembleísmo parlamentar como sistema de governo para dar conta dos desafios de manutenção da soberania conquistada;

d) colocava-se como tarefa para os atores políticos engenhar um modelo institucional de convergência do poder político de um “povo alargado”, dispondo garantias oponíveis às autoridades constituídas, tendo-se, pois, como dever constituir um Estado forte, porém moderado (checks and balances), capaz de articular as reivindicações de respeito às liberdades individuais (negativas), notadamente o direito de propriedade e a observância dos contratos, com as demandas do “humanismo republicano”, ou liberdades políticas (positivas).

O texto constitucional dos EUA em nenhum momento utiliza o vocábulo “nação”. A idéia de “nação” norte-americana não se desvencilha da experiência de padronização política, inclusiva, de “pertencimento comum”, materializada

na construção do Estado a partir da adoção de uma Constituição que permitiria:

a) reforço de governança sócio-econômica em largas dimensões territoriais;

b) garantia de razoável proteção dos governados contra inimigos externos e a desordem pública interna, mediante centralização dos instrumentos de violência e imposição de administração uniforme;

c) provimento de domínio da lei (*rule of law*), constringente dos desvios da autoridade estatal tendente ao despotismo.

A configuração de um Estado **de** Direito, no bojo do Estado **do** Direito, caracterizado pela forma estatal federativa e pelo sistema presidencial de equipotência entre três ramos distintos do poder político, reforçou a natureza republicana do grande acordo procedimental de conformação do Estado norte-americano. Aquela comunidade engendrou mecanismos evocadores da soberania popular, por meio da eletividade, periodicidade e responsabilidade quanto ao exercício do poder pelos mandatários. Não fosse essa republicana “vontade da Constituição” essa mesma comunidade, certamente, teria se esgarçado e fenecido.

O fato de os Estados Unidos não terem enfrentado o problema de dismantelar uma sociedade agrária estamental complexa facilitou as aberturas para o diálogo, a propensão ao aprendizado, a ousadia para aproximações, a integração de posições polarizadas e a superação de estereótipos, de sorte que a *convenção* de Filadélfia retratou, com fidelidade, o significado dessa expressão, acomodando divergências, ajustando, mais por entendimento que por negociação, interesses e idéias em princípio antagônicas. Nessa rede dialogal, circunstancialmente possível, identificamos a vinculação dos interlocutores ao pactuado:

“os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso” (Habermas).

Em outras palavras, tratou-se, no caso do processo constituinte sob exame, de uma integração social não violenta, no qual os fluxos discursivos

convertiam-se em planos de ação coordenada, a partir da influência recíproca de atores.

Assiste razão a Canotilho quando arrola os quatro elementos constitutivos desse acordo basilar entre forças políticas contrapostas, mas dispostas a “reprimir as paixões mais adversas à ordem e à concórdia” (Madison): 1) a idéia de povo dos EUA como autoridade ou poder político superior; 2) a subordinação do legislador a uma Lei Maior; 3) a decretação da inexistência de poderes absolutos com afirmação do mecanismo de *checks and balances* e 4) “a garantia, de modo estável, de um conjunto de direitos plasmados em normas constitucionais, que podem opor-se e ser invocados perante o arbítrio do legislador e dos outros poderes constituídos”.

Tudo isso em conta, permitimo-nos concluir ter sido um ajuste fundado no reconhecimento intersubjetivo da moderação do poder, pacto impresso para dar permanência à linguagem compartilhada de vedação das maquinações atentatórias aos clamores de liberdades negativas e de liberdades positivas. Na Constituição tem-se o “plano escrito” (Canotilho) da garantia de direitos e conformação do poder político.

A estruturação da forma federativa de estado e de um sistema de governo (presidencialista), subdividido em “braços independentes e separados” (Madison) é a chave do princípio da *moderação*.

A resposta para a indagação acerca da aplacação da idéia de moderação como *princípio*, vale dizer, da superação de um sentido teleológico favorável às forças plutocráticas, para conversão em um sentido deontológico, em que se faz prevalecer, na dicção de Habermas, uma “obrigatoriedade geral” e uma “especial dignidade de prevalência” decorreria do “teste – ou experimentação – de universalização”. Ante uma evidente crise de hegemonia, a prenunciar o esgarçamento total do que era então apenas arremedo de soberania, apenas a moderação permitiria “às instituições atingir a regra de ordem que faz a legalidade universal” (Goyard-Fabre).

O edifício constitucional americano submeteu os interesses da maioria a normas que resguardam interesses da minoria e permitem a alternância de comportamentos. A conformação do poder de forma a gerar expectativas de condutas estabilizadas por meios não-violentos deve-se ao amplo entendimento quanto à necessidade de entabular normas que evitassem a possível tirania da maioria.

À primeira vista, tratar-se-ia de uma negação da própria democracia. Todavia, o que se observa é a preocupação dos norte-americanos em, pela prevalência da democracia representativa, reforçar o alicerce do republicanismo: gestão dos negócios públicos mediante autorização dos interessados (os cidadãos), segundo os interesses e vontade presumíveis de seus donos (o povo), ficando os agentes públicos responsáveis perante esses por tudo o quanto empreenderem. Cuidou-se de arranjar de tal modo as idéias e interesses contrapostos, de maneira a ensejar, ante eventuais fracassos das posições dominantes em suas aspirações, a assunção de minorias à condição de majorias, sem rupturas das ligas societárias, sem o recurso à estabilização *manu militari*.

A essência constitucional americana reside em conferir aos tribunais a tarefa de observância do princípio da moderação. Compete aos juízes “medir as leis, segundo a medida da Constituição” (Canotilho). Se os juízes – aos quais se atribui essa autoridade -- se submetem a controle político de índole democrática; se circunscrevem seus ditados, quanto aos limites ao princípio da maioria, à ação legiferante ordinária (ou constituinte derivada), à luz da maioria fundante e constituinte da comunidade política, a jurisdição constitucional, ao contrário das aparências, reforça a forma republicana de governo e o próprio regime democrático representativo.

O controle de constitucionalidade das leis, dando guarida a ações de retaguarda, em apoio a algumas idéias dos grupos políticos temporariamente afastados das posições de comando, impele a maioria eventual a concessões e redução de velocidade na implementação de reformas impactantes. Essa postura, contudo, se servir de patrocínio a agendas bem periféricas ou irrelevantes, pode simplesmente não ser observada, perdendo o tribunal, nessa hipótese, sua legitimidade.

O imperativo de moderação apresentava-se como expediente necessário e inevitável, para que se pudesse levar adiante a proteção de exigências de liberdade, em sua expressão dual. Somente o relaxamento da “tensão entre o domínio impessoal das leis fundadas em direitos humanos e a auto-organização espontânea de uma comunidade” poderia assegurar uma relação de influências comutativas.

Na história norte-americana, o Direito se coloca como meio capaz de interlocução entre essas esferas, a propiciar a vontade unificadora e concordante entre autonomia pública e privada, direitos humanos e soberania popular.

Em sociedades complexas e massificadas, só pelo direito os imperativos morais podem converter-se em planos de auto-realização ética, como etapa de consolidação de um processo dialogal, democrático, liberando os próprios partícipes de exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias.

Na disposição conveniada acerca dos órgãos legiferantes e jurisdicionais, os integrantes da comunidade política descarregam suas perplexidades sobre a conduta mais adequada no convívio social; na previsibilidade de sanções a comportamentos recalcitrantes e desviantes encontram a alternativa plausível à proposição de Rousseau (limitação numérica dos cidadãos) para o bom funcionamento do corpo social; na programação de diretrizes para o próprio poder político impulsionam a universalização das orientações morais/éticas positivadas.

Todo esse elenco normativo restringe o campo de ação da Política, tornando possível e duradouro o entrelaçamento entre autonomia pública e privada, sobretudo cingindo o uso dos indispensáveis “meios coercitivos da caserna”.

Nesse contexto, as inevitáveis tensões (ou dissensos), agravadas pelas lacunas normativas resultantes de vínculos obrigacionais apurados por tratativas nem sempre tranqüilas, determinam o recurso aos órgãos decisórios judiciais, de forma a fazer prevalecer, pelo devido processo, a força do argumento e não o argumento de força, garantindo-se ao melhor argumento a coerção necessária e mensurada para sua aplicação.

Sem a evocação integradora do monarca para o exercício da função de arbitragem, os norte-americanos só poderiam recorrer ao que lhes era “familiar” para promoção das interações de autonomias, moderando o próprio Estado na determinação do que deva ser preponderante como direito.

O que era familiar, nessas circunstâncias, era a *práxis* da Magistratura, desde seus primórdios, na Inglaterra, após a conquista normanda.

A Suprema Corte, ao decidir em *Marbury v. Madison* contra a supremacia parlamentar, o fez com base em uma reafirmação do juízo de equidade dos ingleses, dando mediação concretizadora ao princípio da moderação, em face da abstração e indeterminação, melhor dizendo, da pouca densificação, do texto constitucional.

A aceitação da autoridade judicial como guardiã da convivência societária decorria do desfrute de venerabilidade dos juízes, por conta da concordância com os métodos desenvolvidos e resultados da jurisdição, desde o surgimento do *common law* e, mais tarde, da *equity*. O *bench-made law* oferecia soluções estáveis para as incertezas cognitivas e motivacionais, porquanto resultantes de uma dialética discursiva, sintetizada por uma arbitragem fundamentada e, por isso mesmo, passível de críticas.

Na medida em que os encaminhamentos dados pela autoridade judicial, deduzidos em discursos de justificação devidamente escriturados alcançam o amplo consentimento da comunidade de intérpretes e operadores do direito elevam-se do plano de adequação às pretensões dos contendores para o dos axiomas válidos para todos. É o que se passou ao longo de mais de quinhentos anos na civilização anglo-saxônica.

As molas-mestras do processo judicial – contraditório, ampla defesa, independência e auto-contenção do juiz e fundamentação das decisões – eram garantias de que qualquer pessoa mereceria ser protegida de julgamentos prévios e injustificados. Convertido em máxima o processo judicial -- com seus elementos constitutivos e em virtude da correspondência de expectativas de certeza, consistência e justiça -- levou adiante a padronização do que era escudo do indivíduo como redoma protetora da sociedade contra os abusos dos detentores de poder.

Os aspectos de *Marbury v. Madison* que nos levam a concluir residir ali uma decisão de origens na equidade e desdobramentos de “direito comum”, considerados familiares e compreensíveis, realçam esse acórdão como fundação da jurisdição que compatibiliza estabilidade (*common law*) com justiça (*equity*).

As práxis de *Equity e Common Law* esvaziaram os tribunais feudais, promovendo, simultaneamente, a monopolização do direito positivo e a substituição do uso indiscriminado da força na defesa dos direitos “naturais” por autorizações para proposituras de ações judiciais contra o próprio poder do Estado. Podemos falar, como Habermas, que a jurisdição tornava-se instrumento de “normatização do direito, que tem a pretensão de ser racional por garantir a liberdade e fundar a legitimidade”; tornava-se ainda meio de compatibilização de liberdade e coerção limitada à eliminação dos empecilhos à liberdade.

É a familiaridade com essa combinação, que perpassava, como preocupação, os trabalhos constituintes, que explica a aceitação da intervenção da Suprema Corte, em *Marbury v. Madison*, no sentido de que o legislador deve ser moderado na consecução de seu programa de metas sufragado pela maioria. Se à Suprema Corte faltava a legitimidade originária para determinar normas jurídicas, é a aprovação social a seu comportamento que lhe confere a legitimidade para a censura aos atos legislativos. Aprovação que deriva do reconhecimento do papel dos tribunais constitucionais para resguardar a dignidade da pessoa humana e possibilitar a transferência democrática do poder sem necessidade de recorrência a meios violentos.

Marbury v. Madison repõe em pauta uma história constitucionalizada de ordenação da sociedade, frente ao vagalhão da auto-realização ética, advertindo sobre as possibilidades de desconstituição da soberania popular por arroubos de vozes eventualmente majoritárias.

O permanente exame e endosso à *praxis* judicial ali fixada seria o campo de provas a reforçar a percepção generalizada de que, na pessoa do juiz, pode e deve ser reconhecido o órgão estatal legítimo capaz de balancear idéias e interesses, autodeterminação moral e auto-realização ética e imperativos sistêmicos da economia e da administração. O direito, como “charneira” comunicativa encontra na jurisdição a cinesse de aplicação que impõe ordem e previsibilidade de comportamentos, numa zona de encontro entre pretensões em busca de legitimação.

Essa necessária atribuição ao Poder Judiciário, sobretudo em sede constitucional, deriva do fato de que a norma de comportamento adequada, nas circunstâncias descritas, padece de indeterminação cognitiva e de carência motivacional, só se realizando por atos de aplicação que a tornam conhecida e exigível. A missão do magistrado é, pois, ante o “silêncio do legislador ideal” tornar possível a compatibilização de vetores conflitivos, mediante uma orientação por princípios apurados de forma imparcial e independente e dizer, finalmente, qual a conduta correta. Essa orientação há de ser vinculante para o destinatário de suas normativas, mas, ao mesmo tempo, vinculada a direitos que o conjunto dos destinatários, conquanto sujeito coletivo da soberania popular que assume o papel de autor da ordem jurídica (sujeito constitucional), lhes indica como observável.

É essa circularidade que demonstra a imbricação entre direito, ética e moral como fonte de legitimação processual do direito constitucional, fato que seria impossível não fosse a presença da autoridade judicial.

Conforme concluimos no capítulo anterior John Marshall, apontou a imperiosidade da limitação da vontade do legislador, a partir do esclarecimento do sentido das normas constitucionais secundárias, determinantes de competência que cerceariam o mandatário legiferante. Essas normas serviriam de instrumental para vasculhar o universo obscuro da “norma primária de orientação de comportamento” que dita ao legislador a moderação quanto à realização de seu programa de metas escolhido democraticamente pela maioria dos cidadãos como projeto racional de sociedade justa.

O juízo constitucional é a garantia do encontro de liberdade e igualdade, por uma rota de gradualismo e segurança, capaz de levar a correção de erros por novas tentativas e, assim, superar os estranhamentos da razão frente às opressões da realidade que desiguale, em nome da liberdade ou da revolução que iguala, ao preço da aniquilação da liberdade.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ACKERMAN, Bruce. *We the People, Foundations*. Cambridge: Harvard Press, 1991.
- ALLEN, Carleton Kemp. *Las Fuentes del Derecho Ingles*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- ALLEN, Harry Cranbrook. *História dos Estados Unidos da América*, tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- ANDRADE, Adriano de Azevedo. *O Fundamento da Proteção Possessória*. Belo Horizonte: UMG, 1964.
- APTHEKER, Herbert. *Uma Nova História dos EUA: a Revolução Americana*, tradução de Fernando Autran. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.
- ARENDT, Hannah. *O Sistema Totalitário*, tradução de Roberto Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 1978.
- . *A Condição Humana*, tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- . *Men in the Dark Side*. San Diego: Harcourt Brace, 1993.
- . Reflexões sobre a Violência. In: SILVERS, Robert, EPSTEIN, Barbara e HEDERMAN, Rea (org.) *The New York Review of Books: A Primeira Antologia*, tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- . *O que é Política?* Fragmentos das Obras Póstumas, compilados por Ursula Ludz e tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1992.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- . *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa, 1893.
- . *Commentarios à Constituição Brasileira*, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977.
- BATISTA, Vanesa Oliveira. Elementos de Teoria da Constituição: de Carl Schmitt aos Dias de Hoje. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 87. Belo Horizonte: UFMG, julho 1998.
- BEARD, Charles. *American Government and Politics*. New York: Macmillan, 1915.
- . *A Suprema Corte e a Constituição*, tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BERMAN, Harold J. *et al. Aspectos do Direito Americano*, tradução de Janine Yvonne Ramos Pires e Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- BEVERIDGE, Albert. *The Life of John Marshall*, vol. III. Boston: Houghton Mifflin, 1919.
- BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar: Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: UnB, 1997.
- BRYCE, James. *American Commonwealth*, v. II. New York: Macmillan, 1890.
- BURNS, Bradford. As Relações Internacionais do Brasil Durante a Primeira República. In: FAUSTO, Boris (org.). *História Geral da Civilização Brasileira*:

- O Brasil Republicano, Tomo III, v. 2. Rio de Janeiro: Difel, 1977.
- CABRAL DE MONCADA, Luís. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CAMPOS SALLES, Manoel F. *Discursos*, vol II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.
- . *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. El “Formidable Problema” del Control Judicial y la Contribucion del Analisis Comparado. *Revista de Estudios Politicos*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: Nova Epoca, n. 13, jan./fev., 1980.
- . *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Dos Governos Militares a Prudente-Campos Salles. In: FAUSTO, Boris (org.) *História Geral da Civilização Brasileira*, Tomo III, 1º vol. Rio de Janeiro: Difel, 1977.
- CARONE, Edgard. *A República Velha*. São Paulo: Difusão Européia, 1972.
- . *A Primeira República*. São Paulo: Difusão Européia, 1973.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- . Da Responsabilidade da Administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação por obras realizadas. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: OAB, v. 63, a. 26, jul./dez., 1996.
- . Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, maio 1999.

- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CAVALCANTI, Amaro. *Regimen Federativo e a Republica Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira, 1891: Commentada*. Brasília: Senado Federal, 2002.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*, v. 1. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- CLEVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *A Criação Judicial do Direito*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, ano 49, número 187, Jan./Jun., 1996.
- . Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*, tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República: Momentos Decisivos*. São Paulo: Grijalbo, 1977.
- DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do Controle da Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DAVID, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporâneos (Derecho Comparado)*. Madrid: Aguillar, 1969.
- . *O Direito Inglês*, tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DAWSON, John P. As Funções do Juiz. In: BERMAN, Harold J. (org.). *Aspectos do Direito Americano*, tradução de Janine Yvonne Ramos Pires e Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of Law of the Constitution*. London: Macmillan, 1939.
- DOBB, Maurice. *A Evolução do Capitalismo*, tradução de Afonso Blancheyre. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
- DORF, Michael C. Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. *Harvard Law Review*. Cambridge, vol. 112:4, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- . *Uma Questão de Princípio*, tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- . *Levando os Direitos a Sério*, tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*, v. 2. Porto Alegre/São Paulo: Globo-USP, 1975.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1978.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1967.
- FIORAVANTI, Maurício. *Constitucion: De la Antigüedad a Nuestros Dias*. Madrid: Trotta, 2001.
- FREITAG, Bárbara. Facticidade e Validade. Contribuições para um teoria discursiva do direito e do Estado de direito democrático (Resenha). In: *Notícia do Direito Brasileiro*, Nova Série, n. 7. Brasília: UnB, 2000.
- FRIEDRICH, Carl J. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- FULLER, Lon L. Sistemática das Partes Contrárias. In: BERMAN, Harold J. (org.), *Aspectos do Direito Americano*, tradução de Janine Yvonne Ramos Pires e Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- GANSHOF, F. L. *O que é Feudalismo?*, tradução de Jorge Borges de Macedo. Cintra: Europa-América, 3. ed (sem data).

- GEHLMANN, John, BOWMAN, Mary Rives (org.). *Adventures in American Literature*. New York, Chicago, Atlanta: Hartcourt, Brace & World, Inc., 1958.
- GILSON, Etienne. *A Filosofia na Idade Média*, tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, tradução de Karla Dunder e João Luiz Sampaio. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, tradução de Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.
- GRIFFITH, Ernest. *The American System of Government*. New York: Frederick Praeger, 1962.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, v. I e II, tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- . Warum braucht Europa eine Verfassung? Deutschland, Frankfurt, Societäts-Verlag, nº6, 2001.
- . O que é um povo? In: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*, tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- . Será que a Europa necessita de uma Constituição? In: *A Era das Transições*, tradução de Flávio Beno Siebenneichler. Rio de Janeiro: 2003.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *Os Artigos Federalistas: 1787-1788*, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- HAYNES, Evan. *The Selection and Tenure of Judges*. Newark: The National Conference of Judicial Councils, 1944.
- HENDEL, Samuel. *Charles Evans Hughes and the Supreme Court*. New York: King's Crown Press, Columbia University, 1951.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

- HIRST, Paul e THOMPSON, Grahame. *Globalização em Questão*, tradução de Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1999.
- HORTA, Raul Machado. *Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HUBERMAN, Leo. *A História da Riqueza do Homem*, tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- . *História da Riqueza dos EUA (Nós, o Povo)*, tradução de Mary Fonseca. São Paulo: Brasiliense, 1978.
- JACQUES, Paulino. Aspectos do Poder Judiciário Americano e Brasileiro. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977.
- JASMIN, Marcelo. As Américas de Tocqueville: a comunidade e o auto-interesse. In: SOUZA, Jessé (org.) *Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.
- JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: O. Häring, 1905.
- KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit*. In: *Veröffentlichen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Caderno 5. Berlin e Leipzig: VVDStRL, 1929.
- . El control de la constitucionalidad de las leyes: Estudio comparado de las constituciones austriaca y norte-americana. In: *Ius et Veritas* nº 6. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
- . *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- . Sobre a Teoria da Interpretação. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, n. 5. Belo Horizonte: ALMG, jan./jun., 1997.
- KUHN, S. Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*, tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- LEITE, Flamarion Tavares. *O Conceito de Direito em Kant (na Metafísica dos Costumes)*. São Paulo: Ícone, 1996.

- LERNER, Max. *Civilização Norte-Americana*, v. 1, tradução de Manoel Ferreira. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
- LINK, Arthur. *História Moderna dos EUA*, v. I, tradução de Waltensir Dutra, Álvaro Cabral e Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- LLOYD, Dennis. *A Idéia de Lei*, tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*, tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MADDEX, Robert L (org.). *The US Constitution – A to Z*. CQ'sReady Reference Encyclopedia of American Government. Washington: CQ Press, 2002.
- MADISON, James. *The Papers of James Madison*, vol. 2. New York: J & H.G Langley, 1841.
- . *The Journal of the Federal Convention*, vol. I. Chicago: Scott, 1894.
- MARGOTTA, Roberto (org.). *Roosevelt*, tradução de Luiz José Lima da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 1976.
- MARINHO, Josaphat. *Perspectivas do Controle de Constitucionalidade*. In: *Estudos Constitucionais*. Salvador: UFBA, 1989.
- MARSH, S.B e SOULSBY, J. *Outlines of English Law*. London: Mc Graw-Hill, 1982.
- MARSHALL, John. *The Writings of John Marshall – Late Chief Justice of the United States, Upon the Federal Constitution*. Boston: J. Munroe, 1839.
- MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política*, v. I, tradução de Regis Barbosa e Flávio Kothe. São Paulo: Abril, 1983.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1923.
- MAY, Christopher N. e IDES, Allan. *Constitutional Law. National Power and Federalism: examples and explanations*. New York, Aspen Law and Business, 1998.
- Mc MANNERS, John. *The Oxford Illustrated History of Christianity*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

----- . *Jurisdição Constitucional*. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação Afirmativa no Direito Norte Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomos I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTEBELLO, Marianna. Estudos sobre a Teoria da Revisão Judicial. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis, Baron de. *O Espírito das Leis*, tomo I, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia, 1962.

MOORE, Barrington. *As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia: Senhores e Camponeses na Construção do Mundo Moderno*, tradução de Maria Ludovina F. Couto. Lisboa: Cosmos, 1975.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MOREIRA, Vital. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (org.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele. *História dos EUA*, tomo III, tradução de Constantino Paleólogo. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

MORISON, Samuel Eliot. *The Oxford History of the American People*. New York: Oxford University Press, 1965.

MÜLLER, Friedrich. Fundamentos Atuais da Democracia: Cidadania e Participação. In: *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: OAB, 1996.

- . A Questão Central da Democracia: Quem é o Povo? In: *Livro de Teses da XVI Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: OAB, 1996.
- . Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, n. 9. Belo Horizonte: ALMG, jul./dez., 1999.
- NASCIMENTO, Walter Vieira. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (org.) *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.
- NEVINS, Allan e COMMAGER, Henry Steele. *Breve História dos EUA*, tradução de Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1986.
- OCTAVIO, Rodrigo. *Confronto da Constituição Federal dos E. U. do Brasil com as Constituições da República Argentina, dos E. U. da América e da Suíça*. Rio de Janeiro: Classica, 1897.
- OLIVEIRA MARTINS. *A História de Portugal*. Lisboa: Guimarães & Cia., 1972.
- OLSON, Keith W. *An Outline of American History*. Washington: USIS, 1990.
- PAINE, Thomas. *Common Sense and Other Political Writings*. New York: Liberal Press, 1953.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas, Efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- POPPER, Karl. *La Logica de la Investigacion Cientifica*. Madrid: Tecnos, 1973.
- PREUSS, Ulrich K. *Communicative Power and the Concept of Law*. In: Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges. New York: Yeshiva University, 1996.
- RAVOKE, Jack N. O Nascimento de uma Nação. In: *Diálogo*, Washington, v. 21, n. 6, 1988.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RIBEIRO, Renato Janine. *Ao Lector sem Medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos Mandatos Legislativos: Uma Nova Visão do Contrato Social*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

----- . A Suprema Corte dos EUA e sua Contribuição ao Direito Constitucional Brasileiro. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

ROSENFELD, Michael. The Identity of the Constitutional Subject. New York: *Cardoso Law Review*, Yeshiva University, January, 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*, tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SAJO, Andras. Constitutional Adjudication in Light of Discourse Theory. In: *Habermas on Law and Democracy*. *Cardoso Law Review*. New York: Yeshiva University Press, March/1996.

SAVELLE, Max. *Historia de la Civilizacion Norteamericana*. Madrid: Gredos, 1962.

----- . *História da Civilização Mundial*, v. 2. Belo Horizonte: Itatiaia, 1964.

SCHLESINGER JR., Arthur M. Democracia e Liderança. In: *Diálogo*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, 1988.

SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1955.

SCIGLIANO, Robert. *The Supreme Court and the Presidency*. New York: Free Press, 1971.

SECKLER-HUDSON, Cathryn. *EUA: Um Governo pelo Povo*. Washington: Secretaria de Estado, 1951.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*, tradução de Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SHAL, Daniel, In: *História das Américas*, v. 8. LEVENE, Ricardo (org.). Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre: Jackson, 1945.

- SILVA, José Afonso da. Jurisdição Constitucional. In: *O Direito na Década de 80*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- . *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SOARES, Guido Fernando da Silva. Common Law. Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- STEIN, Ekkehart. Derecho Politico. Madrid: Aguilar, 1973.
- STONER JR., James R. Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes and the Origins of American Constitutionalism. Kansas City: University Press of Kansas, 2000.
- SUTHERLAND, Arthur E. Os Direitos Constitucionais das Minorias Raciais nos Estados Unidos. In: BERMAN, Harold J. (org.). *Aspectos do Direito Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- TAYLOR, Hannis. The Origin and Growth of the English Constitution. Boston/ New York: Houghton, Mifflin & Co, 1895.
- TEIXEIRA, Aloísio. Estados Unidos: A “Curta Marcha” para a Hegemonia. In: FIORI, José Luís (org.). *Estado e Moedas no Desenvolvimento das Nações*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*, Livro I, tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito*, Especialmente do Direito Brasileiro, parte II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.
- VIEIRA, José Ribas. Construindo a Teoria da Constituição do Século XXI: A Presença Norte-Americana e Aspectos Comparativos. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- WASHINGTON, George. Letter to the Hebrew Congregation in Newport In: *Adventures in American Literature*. GEHLMANN, John e BOWMAN, Mary Rives (org.). New York, Chicago, Atlanta, Burlingame: Harcourt, Brace & World, 1958.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, vol. 1. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

WILSON, James Q. Does the Separation of Power still work?
In: *The Public Interest*, Washington: National Affairs, n. 86 (winter – 1987), 1987.

----- . Ainda Funciona a Separação de Poderes?
In: *Diálogo*, Washington, v. 21, n. 6, 1988.

DICIONÁRIOS, ENCICLOPÉDIAS E PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

BLACK, Henry Campbell. *BLACK'S Law Dictionary*. Dallas: West, 1996.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. 2. Brasília: UnB, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, J e CINTRA, Geraldo. *Ulhoa.*, *Dicionário Latino-Português*. São Paulo: Nacional, 1956.

HORNBY, A. S, GATEBY E.V e WAKEFIELD H . *A Learner's Dictionary of Current English*. Oxford: Oxford University Press, 1951.

SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário Jurídico**, vol. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1967.

<http://www.nipissingu.ca/>

<http://usinfo.state.gov/usa>.

<http://www.magazin-deutschland.de>

<http://www.law.cornell.edu>

<http://vi.uh.edu/pages/>

<http://www.deltachi-hsv.org/>

<http://icg.harvard.edu>

<http://www.marxists.org>



SENADO FEDERAL



ISBN 978-85-7018-333-0



9 788570183330