

O SUPREMO E A NOVA CONSTITUIÇÃO

ADHEMAR FERREIRA MACIEL*

Juiz Federal em Minas Gerais

Entre os anos 356 e 350 a.C., Isócrates, ao discursar sobre a Constituição de Atenas (Aeropagítico), faz uma feliz comparação, dizendo que a Constituição tem o mesmo domínio sobre a Pólis (Estado), como o espírito e a razão sobre o Homem.¹ Pois bem, partindo-se dessa comparação, pode-se indagar: qual a "alma" da Constituição brasileira em elaboração?

Nada mais difícil e espinhoso! Difícil e espinhoso porque a Constituição – embora a mais democrática de nossas Constituições – não tem unidade, não tem linha filosófica, não tem "alma". É uma verdadeira colcha de retalhos, onde cada grupo que tem voz se fez presente, defendendo seus interesses, nem sempre coincidentes com o interesse da sociedade como um todo. Assim, ingente será a tarefa do Judiciário, sobretudo do STF, que é o "guarda da Constituição" (art. 108). Somente o Judiciário, através da hermenêutica, é capaz de dar uma "alma" ao texto constitucional, harmonizando-o direcionando-o. Evidentemente, nos dias atuais não se pode, como há 200 anos, fazer uma Constituição sintética, como a americana, ou, mais recentemente, a francesa (1958). À medida que o Estado se hipertrofia há necessidade de maior detalhamento constitucional para gizar sua intromissão e, em decorrência, garantir a liberdade do cidadão. Essa foi a grande conquista do Constitucionalismo, que veio limitar a vontade do príncipe.²

A Constituição estadunidense está de pé até hoje graças ao Judiciário, mais que ao Poder constituinte derivado. Essa mesma Carta Magna foi a "alma" que permitiu aos puritanos de Nova Inglaterra marcar

¹ Jaeger. Werner. **Paidéia**, Martins Fontes, S. Paulo, 1979, p. 1.078.

² Bobbio, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**, Unb, p. 15.

com a letra "A" as adúlteras, e, hoje, permite o aborto e a liberação sexual. O pergaminho de Filadélfia é o mesmo que possibilitou o juiz Roger Tânia, da Suprema Corte, no caso *Dred Scott vs. Sandford*,³ chegar à conclusão que "negro não é cidadão" e, agora, vê um "descendente de escravos", o reverendo Jesse Jackson, ter peso no colégio eleitoral para a escolha do próprio presidente da República. O documento "bordado" caprichosamente pelo amanuense Jacob Shallus é o mesmo que, em 1954, presenciou o famoso caso "*Brown vs. Board of Education of Topeka*" jogar por terra a doutrina racista do "separate but equal", em que os não-brancos eram tidos como "iguais, desde que ficassem em seu canto".⁴

Antes mesmo de ser feita nossa primeira Constituição republicana, onde pontificava o grande Ruy, que conhecia bem o papel da Suprema Corte americana, já se sonhava com um tribunal capaz de equilibrar o Legislativo/Executivo e ser o guardião das liberdades individuais. Assim, em maio de 1889, D. Pedro II recomendou a Salvador Mendonça e ao Cons. Lafaiete, os quais estavam de malas prontas para uma visita oficial aos Estados Unidos, que estudassem a Suprema Corte, pois nela estava a chave do bom funcionamento da Constituição. Sua intenção era a de substituir o Poder Moderador por um órgão judicial atuante.⁵

Há muito o mundo do Direito Comparado se embevece com o Judiciário dos Estados Unidos. Para ficar só com três nomes, todos do século passado, cito Lorde Salisbury, Édouard Laboulaye e Alexis de Tocqueville, que são unânimes em mostrar a importância do Judiciário federal norte-americano na construção do país.

Lorde Salisbury, em discurso pronunciado em Edimburgo, em 23.11.1882, disse que não costumava invejar os Estados Unidos, "mas

³ 19 Howard 393 (1857).

⁴ 347 U.S. 483 (1954) e 163 U.S. 537 (1896).

⁵ Baleeiro, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**, Forense, 1ª ed., p. 19.

entre suas criações, uma existe que é para mim objeto da maior inveja: é a sua admirável instituição da Corte Suprema".⁶

Laboulaye, que foi jurista, político e professor de Direito Comparado do Colégio de França, em sua **Histoire des États-Unis, Troisième Époque**, depois de sublinhar o "papel político" do magistrado americano, frisa:

Vede bem como a justiça se reveste dum caráter essencialmente político e que pouco temos nós compreendido esta verdade. Daí o insucesso de todas as nossas Constituições. Elas foram sempre concebidas para assegurar o triunfo da vontade popular, mas nunca para garantir o triunfo da justiça e da liberdade.⁷

Tocqueville, a seu turno, depois de ressaltar que o juiz americano é como todo o juiz, isto é, atua só quando provocado, observa: "Portanto, o juiz americano assemelha-se perfeitamente aos magistrados das outras nações. Entretanto, reveste-se de imenso poder político. De onde isso provém? Move-se nos mesmos círculos e serve-se dos mesmos meios que os outros juízes. Por que possui poderes que os outros juízes não têm? A causa reside num só fato: os americanos reconhecem nos juízes o direito de fundamentar seus veredictos na Constituição mais do que nas leis".⁸

Na Inglaterra, país que "possui a melhor magistratura do mundo", no entender de Carlos Maximiliano,⁹ o Parlamento pode modificar a Constituição através de simples lei ordinária, já que a lei básica não é escrita. Na França do século passado, como ainda hoje, o juiz nunca fez parte de um "poder", como nos Estados Unidos, Argentina, Itália, Alemanha Ocidental e Brasil.¹⁰ O Judiciário francês integra a administração. Fica a cargo do presidente da República, com o auxílio do

⁶ Barbalho, João. **Constituição Federal Brasileira – Comentários**, 1902, p. 228.

⁷ **O Poder Judiciário e a Constituição**, Ajuris 4, 1977, p. 34.

⁸ **A Democracia na América (Os Pensadores)**, Abril Cultural, v. XXIX, p. 205.

⁹ **Hermenêutica**, Forense, 9ª ed., p. 65.

¹⁰ C. argentina, art.94. C. italiana, arts. 101 e 104. Lei fundamental de Bonn, art. 20, Inc. 2 e 97, inc. 1.

Conselho Superior da Magistratura, garantir a "independência da autoridade judicial".¹¹

O juiz norte-americano, sobretudo o da União, teria melhor preparo do que seu colega brasileiro? Claro que não!

Em março desse ano, em Belo Horizonte, no Simpósio Internacional sobre a Modernização da Justiça Federal, o Min. Antônio Brancaccio, primeiro-presidente da Corte de Cassação da Itália, teve oportunidade de sublinhar a alta qualidade de nosso magistrado. Também René David, ao comparar o juiz brasileiro ao juiz francês, ressalta a excelência do primeiro, sobretudo por fundar suas decisões mais na doutrina.¹²

Efetivamente, o juiz brasileiro é de ótima qualidade moral e intelectual, não ficando nada a dever ao "judge" ou ao "justice" da magistratura federal ianque. Na verdade, embora "iguais os juízes" – americanos e brasileiros – os "direitos" são diferentes. O Direito americano, que se filia ao **common law**, tem por base as decisões das cortes (jurisprudência). Já o Direito brasileiro, por pertencer à família românica, tem sua fonte quase que exclusiva na lei do legislativo. Assim, a Suprema Corte, em relação ao nosso Supremo Tribunal Federal, embora tenha uma competência jurisdicional muitíssimo menor, tem mais liberdade em suas **constructions**.

Como se sabe, a Constituição americana, ao criar a Suprema Corte, só cuidou de fixar-lhe a competência originária. O resto ficou por conta do Congresso. Se o "justice" da Suprema Corte tem mais liberdade na construção jurisprudencial, por outro lado, pela falta de regras competenciais na Constituição, está em constante risco diante do legislador ordinário mais cioso de suas origens democráticas. Por mais de uma vez tem havido tentativa de se baixar leis (**statutes**) com o fim

¹¹ Constituição, art. 64.

¹² **Tratado de Derecho Civil Comparado**, Madrid, 1953, p. 235.

específico de limitar a competência da Corte. No início da década de 80, quando se faziam sentir ainda as grandes conquistas da Corte Warren (1954-1969) no campo dos direitos das minorias, alguns senadores e deputados tentaram tirar da Suprema Corte qualquer poder decisório sobre aborto, uso de ônibus escolares por negros e reza em escolas públicas. Tais matérias – sustentaram eles – deviam ficar a cargo dos Estados-membros. O atuante Sen. Orrin Hatch, de Utah, em artigo publicado em **The Washington Post**, de 3.5.81, chegou mesmo a dizer que "o Judiciário federal tem provocado um desastre constitucional, vez que interpreta o documento da Nação de acordo com suas próprias predileções".¹³ Todos que lemos sobre o Direito americano conhecemos a tentativa de Franklin Delano Roosevelt, quando da implantação do New Deal", de ampliar o número de vagas na Suprema Corte para que pudesse fazer suas reformas sociais. Foi seu famoso "Court-packing bill".¹⁴

Os Constituintes brasileiros, com prudência, têm sabido aproveitar a larga experiência do Judiciário federal norte-americano em quase duas centúrias de trabalho. Assim, constitucionalizaram as regras sobre competência, dificultando qualquer intrusão do legislador ordinário e do Executivo.

A nova Constituição, na esteira das anteriores, cristalizou o sonho de Pedro II, vez que atribuiu ao STF o papel de seu guardião e intérprete máximo. Agora, diante do texto virgem, que se apresenta cheio de arestas e contradições, toca ao Judiciário, como um todo, a magna tarefa de tornar reais as conquistas, sobretudo no campo dos direitos sociais.

¹³ **The Supreme Court, Justice and the Law**, Congressional Quarterly Inc., 3rd Edition, p. 60.

¹⁴ Tribe, Laurence H. **God save this honorable Court**, N. American Library, 1986, 40.