

O constitucionalismo liberal norte-americano no controle de constitucionalidade das leis: uma análise dos debates judiciais a respeito da liberdade contratual e propriedade privada na *Era Lochner* (1897-1937)

Gustavo Henrique Vieira Bezamat^I  0000-0001-6357-2856

Universidad Europea del Atlántico, Santander, Cantábria, Espanha.

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar a essência do paradigma hermenêutico de interpretação da constituição, no período entre a Independência dos Estados Unidos (1789), motivada pelas leis abusivas de intervenção estatal na economia, e os anos que antecederam o início da Segunda Guerra Mundial (1939). Isso porque o paradigma (modelo) de interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais passou por uma mudança no final do século XIX, em que a comunidade jurídica deixou de lado a defesa da liberdade individual, passando a relativizar essas normas constitucionais em favor da intervenção do Estado na economia. Esses preceitos de ordem liberal haviam sido consagrados nas declarações de direitos do final do século XVIII, oriundas da Revolução Francesa e da Revolução Americana, mas perderam força com o advento do socialismo e as teses do constitucionalismo social do século XX.

Palavras-chave: Constitucionalismo Liberal, Hermenêutica, Liberdade Contratual, Propriedade Privada, Desenvolvimento Econômico.

^IE-mail: gustavobezamat@gmail.com.

The American liberal constitutionalism in judicial review: an analysis of judicial debates over contractual freedom and private property in the *Lochner Era* (1897-1937)

Abstract: This article intends to demonstrate the essence of the hermeneutic interpretation paradigm of the constitution, in the period between the Independence of the United States (1789), motivated by the abusive laws of state intervention in the economy, and the years that preceded the beginning of the Second World War (1939). This is because the paradigm (standard) of interpretation and application of constitutional precepts changed at the end of the 19th century. The legal community left aside the defense of individual freedom, starting to relativize these constitutional norms in favor of state intervention in the economy. These liberal precepts had been enshrined in the declarations of rights of the end of the 18th century, originating from the French Revolution and the American Revolution. However, they lost strength with the advent of socialism and the social constitutionalism theses in the 20th century. **Keywords:** Representative democracy, Sphere of the undecidable, Restricted suffrage, Universal suffrage, Tyranny of the majority.

Keywords: Liberal Constitutionalism, Hermeneutics, Contractual Freedom, Private Property, Economic Development.

El constitucionalismo liberal estadounidense en el control de la constitucionalidad de las leyes: un análisis de los debates judiciales sobre la libertad contractual y la propiedad privada en la *Era Lochner* (1897-1937)

Resumen: Este artículo pretende demostrar la esencia del paradigma hermenéutico de interpretación de la constitución, en el período comprendido entre la Independencia de los Estados Unidos (1789), motivado por las abusivas leyes de intervención estatal en la economía, y los años que precedieron el comienzo de la Segunda Guerra Mundial (1939). Esto se debe a que el paradigma (modelo / estándar) de interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales sufrió un cambio a fines del siglo XIX, en el que la defensa de la libertad individual fue dejada de lado por la comunidad jurídica, comenzando a relativizar estas normas constitucionales en favor de la intervención estatal en la economía. Estos preceptos liberales habían sido consagrados en las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, con origen en la Revolución Francesa y la Revolución Americana, pero perdieron fuerza con el advenimiento del socialismo y las tesis del constitucionalismo social en el siglo XX.

Palabras clave: constitucionalismo liberal, hermenéutica, libertad contractual, propiedad privada, desarrollo económico.

Introdução

O paradigma do constitucionalismo liberal e seu método de interpretação baseado nos direitos fundamentais à vida, liberdade e propriedade, teve muita força entre a comunidade jurídica no período entre as revoluções ocorridas no século XVIII (Rev. Francesa e Rev. Americana), até o período próximo ao início da Segunda Guerra Mundial (1939). Isso porque, naquela etapa da história do mundo ocidental, a classe burguesa, que era representada pelos comerciantes, industriais, bem como qualquer indivíduo que tirava seu sustento dos lucros de seu empreendimento, havia se tornado muito mais forte politicamente em relação à nobreza (pessoas que viviam de privilégios do Estado). Assim, o modo de pensar da burguesia passou a dominar também o meio jurídico, especialmente após a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), bem como da promulgação da Constituição Americana com suas dez emendas (*Bill of Rights*) no ano de 1791.

A forma de se pensar o direito na visão da burguesia do final do século XVIII era totalmente baseada nos direitos naturais, inspiradas nas ideias de JOHN LOCKE (1632–1704) e outros pensadores iluministas. A revolução francesa, cujos detalhes não serão abordados de forma detalhada nessa pesquisa, devido à sua complexidade, teve como principal objetivo, romper de forma quase definitiva com o antigo regime jurídico de privilégios e monopólios que impediam o crescimento econômico, e criava um sistema social extremamente desigual e injusto (TOCQUEVILLE, 1997), com excessivos gastos do governo e muitos impostos que eram pagos apenas pelo terceiro estado (a burguesia e o povo). Por isso, o pensamento desenvolvido nesse período, era principalmente direcionado à criação de um novo paradigma constitucional onde o poder do Estado estaria claramente limitado por normas jurídicas de caráter superior (MONTESQUIEU, 2010), bem como as liberdades individuais estariam formalmente asseguradas e protegidas por um documento escrito, cuja interpretação deveria ser restritiva, sem margens para distorções.

No caso dos Estados Unidos, abordaremos de forma objetiva o percurso do pensamento jurídico que marcou a independência das antigas colônias britânicas, com o escopo de demonstrar a essência da tradição do constitucionalismo liberal americano, como método histórico de uma hermenêutica jurídica liberal; abordando os motivos pelos quais os cidadãos britânicos que viviam nas antigas colônias se revoltaram, e demonstrando, historicamente, que tais revoltas foram motivadas principalmente pelas arbitrariedades dos atos do Parlamento Britânico, com suas leis “inconstitucionais” abusivas e interventoras, provocando o rompimento litigioso entre o antigo Império Britânico e suas colônias da América do Norte.

Na segunda parte, abordaremos o início do paradigma constitucional da superioridade da liberdade individual e da propriedade privada, na jurisprudência primitiva da Suprema Corte Americana, como base história para o surgimento do período conhecido como *A Era Dourada* (1865, com o fim da guerra civil, até o final do século XIX), período de grande crescimento econômico e populacional dos Estados Unidos, marcado pelo surgimento também de teorias socialistas na Europa, em contrastes com as teorias liberais desenvolvidas nos primórdios da Escola Austríaca (Menger e Böhm-Bawerk).

Por fim, na terceira parte, abordaremos o período conhecido como a *Era Lochner*, que teve início com o julgamento de processos importantes na Suprema Corte Americana, em que fora utilizado, nas principais decisões, o método hermenêutico do paradigma do constitucionalismo liberal, supervalorizando a liberdade contratual, como fruto do direito à propriedade privada, impedindo intervenções estatais por meio de legislações infraconstitucionais. Sendo que, por fim, abordaremos a importância desse paradigma na aplicação dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada, no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1. Os primórdios do constitucionalismo liberal e a tradição do povo norte americano

A emigração dos ingleses para a América no Norte iniciou no século XVI, principalmente em razão de dois fatores históricos extremamente importantes para o conteúdo deste trabalho: primeiro, o Parlamento britânico passou a promulgar leis que privatizavam terras públicas no interior da Inglaterra (*the enclosures*), realizando uma verdadeira *reforma agrária invertida*, onde o governo passou a conceder autorização para os burgueses tradicionais e nobres aburguesados produzirem lã e outros produtos agrícolas nas terras que antes eram públicas. Essa mudança no sistema social provocou a infeliz e lamentável expulsão de camponeses de suas casas, que foram forçados a se mudarem para as cidades, bem como muitos acabaram indo para as terras do Novo Mundo, destaca-se a história do navio *Mayflower* (1620), onde os líderes das principais famílias de emigrantes, ainda a bordo do navio, firmaram um pacto de liberdade política e econômica para a futura colônia: o *compact* (DALLARI, 2012, p. 236). Não entraremos em detalhes fáticos do início da colonização americana, devido a sua longa história, porém, há que se dizer que tal evento seria um marco no constitucionalismo liberal, ainda que bem primitivo.

Esse fenômeno de saída dos camponeses de suas terras rurais contribuiu não apenas para a primeira revolução industrial na Inglaterra, que iniciou com a transição do modelo de produção artesanal para a manufatura, mas também para, posteriormente, deste modelo para o modelo industrial. Mas, além disso, contribuiu para o crescimento demográfico das colônias. No caso, as terras do novo mundo que eram de propriedade da Inglaterra. Já no início do século XVII, em razão da guerra civil decorrente do conflito entre os puritanos e os anglicanos, no contexto da briga política entre o Rei Carlos I e o Parlamento, muitos ingleses puritanos - que eram burgueses comerciante - emigraram para as colônias, sendo esse o segundo fator histórico para o início da histórica americana. No Norte, as colônias eram de maioria puritana, com pequenas propriedades rurais e pequenos centros urbanos, sem grandes latifúndios administrados indiretamente pelo governo britânico. Importante notar que esses colonos do norte não reconheciam a soberania do rei Carlos I, o que por si já caracteriza um início bem vago de independência das colônias. Ou seja: em razão da ausência de legitimidade do governo monárquico. No Sul, haviam muitos nobres latifundiários, nos moldes feudais, que viviam da plantação de açúcar e algodão (*plantation*). Essas fazendas do sul pelo contrário sofriam certa intervenção estatal, mas ainda assim eram sociedades com um grau elevado de

autonomia política e econômica; podendo destacar, apenas por curiosidade, o contraste dessas colônias britânicas com as colônias portuguesas e espanholas, em que o governo monárquico indicava diretamente os governantes provinciais, bem como mantinham um controle direto da população.

Nesse sentido, mostra-se importante destacar que as colônias do norte não se tratavam, no início, de terras muito valiosas para o governo inglês. Isso porque, eram regiões muito semelhantes ao clima da Europa, e não havia interesse do governo nem da grande burguesia, em realizar investimentos na região. Por isso, o governo se concentrou em liberar a emigração e enviar famílias de refugiados sem-terra que saíram das antigas terras comunais (que haviam sido privatizadas), bem como pessoas que estavam cumprindo pena por diversos crimes. Assim, os novos habitantes das colônias da região norte desenvolveram sua própria industrialização, e com o tempo começaram a praticar o comércio marítimo de forma intensa, o chamado *comércio triangular*, em que as colônias do norte (WOOD, 2013, p. 35) produziam manufaturas diversas (madeira, couro, peixe seco etc.) e trocavam com colonos do Caribe (a Jamaica principalmente), por cana de açúcar (melado). Principalmente para produção, nas indústrias do norte, de produtos como rum, whisky e outros. Esses produtos eram trocados por escravos na África e vendidos para fazendeiros das colônias do sul, para trabalharem nas plantações de algodão e tabaco, principalmente. Além disso, os colonos ingleses do Norte, passaram a comercializar produtos manufaturados feitos na Europa, comprando produtos mais baratos e vendendo mais caros nas colônias, principalmente os consumidores do sul. Isso porque, naquela região, havia uma demanda grande de artigos de luxo, considerando a quantidade de pessoas ricas que eram proprietárias das fazendas. Assim, a economia local crescia bastante em função da produção dos latifúndios.

Nesse sentido, o liberalismo econômico clássico, típico da burguesia daquela época, já estava sendo aplicado de forma intensa nas colônias da América do Norte. Não havia intervenção do Parlamento inglês na economia local. Por isso, o pensamento burguês já estava fortemente dissolvido entre os cidadãos norte-americanos, sendo que somente após a Guerra dos Sete Anos (1756-1763), que começaram as intervenções por parte do Parlamento.

Nesse período entre a Guerra dos Sete Anos e a independência das colônias, a filosofia inglesa do século XVII teve grande influência no pensamento dos colonos. John Locke (1632–1704) e os demais pensadores que defendiam a liberdade individual e a propriedade privada, na sua época, serviram como inspiração direta para muitos pensadores importantes que vieram na geração que antecedeu à independência das colônias; especialmente os homens que os norte-americanos chamam *The Founders* - os fundadores da República, como Alexander Hamilton (1755 – 1804) e Thomas Jefferson (1743 – 1826). Baseado na premissa de que os norte-americanos buscavam, *a priori*, uma reforma constitucional no sistema colonial, com uma maior participação das colônias nas decisões do Parlamento em Londres, e não uma ruptura total com a Inglaterra, podemos afirmar que o constitucionalismo americano nasceu da ideia de restauração de um sistema de liberdade política pré-existente, inspirado no constitucionalismo liberal inglês originado na Magna Carta de 1215 e na *Bill of Rights* de 1689, em que o rei tinha poderes limitado, especialmente para confisco de propriedades e cobrança de impostos (JENKINS, 2018, p. 51).

Os colonos não pretendiam realizar uma destruição total de sistema constitucional, a princípio, eles buscavam a liberdade econômica que já possuíam, e não desejavam a desconstrução de uma cultura para criação de uma nova. Por isso, a influência das ideias de Locke sobre o direito natural à vida, liberdade e propriedade, ajudaram a formar o pensamento jurídico dos colonos, de modo que já não aceitavam a imposição de qualquer legislação por parte do Parlamento, ainda que fosse fruto de deliberações discutidas naquele ambiente público. Ou seja, nesse momento a luta já não era mais contra os atos abusivos do rei, mas contra os atos inconstitucionais do poder legislativo, que nesse período, tinha poder total sobre as decisões governamentais, graças à *Bill of Rights* de 1689. Em razão disso, podemos afirmar que a revolução ocorrida na América do Norte, com suas reivindicações contra os abusos do Parlamento britânico, pode ser considerada o marco histórico do controle de constitucionalidade, realizado por um órgão desvinculado da Monarquia (poder executivo) e do Parlamento (poder legislativo). Assim, segundo as palavras de Murray Rothbard (2013, p. 17-18):

Embora Locke fosse lido extensivamente nas colônias americanas, mal se calculava que sua filosofia abstrata pudesse instigar os homens à revolução. Essa tarefa coube aos lockeanos do século XVIII, que escreviam de uma maneira mais popular, impactante e apaixonada, e aplicaram a filosofia básica aos problemas concretos do governo — e, especialmente, do governo britânico — da época. O escrito mais importante deste estilo foram as “Cato’s Letters” (“Cartas de Catão”), uma série de artigos de jornal publicados no início da década de 1720 em Londres pelos *True Whigs* John Trenchard e Thomas Gordon. Enquanto Locke havia escrito sobre a pressão revolucionária que poderia ser exercida com propriedade quando o governo se tornasse nocivo à liberdade, Trenchard e Gordon apontaram que o governo sempre tendia a esta destruição dos direitos individuais. De acordo com as “Cartas de Catão”, a história humana é um registro do conflito irreprimível entre o Poder e a Liberdade, com o Poder (governo) estando sempre pronto a aumentar seu escopo invadindo o direito das pessoas e se intrometendo em suas liberdades.

Nesse contexto, Rothbard explica que os autores ingleses John Trenchard e Thomas Gordon foram importantes escritores de ideias mais radicais, que influenciaram diretamente o início do pensamento constitucionalista, considerando que ideias radicais sempre são importantes para concretização de mudanças, como no caso da Revolução Americana. Rothbard (2013) também explica a origem do pensamento liberal, chamado por muitos de “credo libertário”, desenvolvido a partir da Revolução Inglesa do século XVII (*Bill of Rights* – 1689). Ele explica que o pensamento libertário pode ser considerado um *movimento radical*, por isso não teve uma aceitação muito forte na Grã-Bretanha, considerando que o conservadorismo foi mais forte na ideia de se manter de fato um Estado forte, conforme as influências de Thomas Hobbes. Contudo, Rothbard (2013) afirma que o pensamento libertário é importante para o desenvolvimento da Revolução Industrial inglesa, graças à sua visão de afastar totalmente o poder político das relações privadas (ROTHBARD, 2013, p. 16). Segundo ele, essa libertação da indústria em relação às questões envolvendo o Estado provoca o aumento da produtividade das mesmas, especialmente no tocante às restrições sufocantes do controle dos órgãos públicos, que muitas vezes são ligados às corporações urbanas, que, naquela época, e também nos dias atuais, restringiam bastante o crescimento das atividades industriais. Nesse ponto, novamente

se propõe aqui afirmar que o constitucionalismo liberal, como método interpretativo, não se trata de “análise econômica do direito”, tampouco argumento utilitarista, mas sim, uma defesa das liberdades individuais como norma superior (regra), sendo que, liberdade individual no sentido específico de *liberdade contratual*. Seguindo a visão de Rothbard (2013), o pensamento libertário chegou nas antigas colônias britânicas com muita força, e a explicação para isso é o fato de que os colonos, mesmo sendo considerados como súditos do império britânico, já não aceitavam o que ele chama de “*Velha Ordem — o ancien régime que havia dominado por séculos seus súditos.*” Obviamente que, o pensamento libertário surgiu na própria Inglaterra e depois se espalhou nas colônias. No século XVIII, após a Declaração de Direitos de 1689 que garantiu especialmente a liberdade de expressão, muitos pensadores começaram a difundir suas ideias mais radicais sobre a redução do poder do Estado. Um grupo importante foram os *Levelers* (Niveladores) que haviam surgido ainda no período da Revolução, sob a influência de Locke. Seus herdeiros intelectuais foram os chamados “*True Whig*” e seus opositores radicais os “*Whig Settlement*”.

No caso da Inglaterra, importante lembrar brevemente, que o regime absolutista centralizador ganhou muita força após a Guerra dos Cem Anos (1337-1453), quando os nobres perderam parte de sua força militar, deixando nas mãos do rei o controle dos exércitos. Isso ocorreu em razão da própria guerra contra a França (JENKINS, 2018, p. 75), mas também em razão de dois fatores importantes: a peste negra e as revoltas camponesas, que forçaram os antigos senhores feudais a pedir ajuda do rei, estabelecendo o sistema centralizador. Com isso, início no século XVI, a monarquia inglesa, por estar muito forte, passou a exercer controle e restrições corporativas não só nos campos, mas também nas cidades. O resultado, foi um sistema econômico estagnado com altos impostos e privilégios. Por isso, segundo Rothbard (2013, p. 17), o objetivo dos liberais clássicos era apenas “promover a liberdade individual em todos os seus aspectos interrelacionados”. Segundo ele, “os impostos deveriam ser reduzidos drasticamente, ademais, os controles e regulamentações totalmente eliminados, e os mercados, a empresa e a energia humana deveriam ser livres para criar e produzir em trocas que beneficiariam a todos e à massa de consumidores.”

Importante destacar que o termo *constitucionalismo liberal* encontra-se na doutrina do direito constitucional como sinônimo de limitação do poder do Estado, e está diretamente atrelado à filosofia de Locke (REALE; ANTISERI, 2004, p. 107; LOEWENSTEIN, 1976, p. 56, p. 104; SCHMITT, 1996, p. 76; DALLARI, 2012, p. 101; CARVALHOSA, 2021, p. 399). Isso porque, o Estado, na teoria lockeana, não subsiste como entidade autônoma, com um fim em si mesmo, mas trata-se de uma abstração criada pelos indivíduos numa forma de *contrato social*, outorgando poderes específicos à determinados cidadãos para que exerçam autoridade *limitada* sobre os demais (LOCKE, 2002, p. 76). Essa teoria do Estado, firmada na livre iniciativa (autonomia privada), produz uma enorme diferença na teoria do direito constitucional. Isso porque, sendo o Estado uma instituição abstrata que serve de meio (instrumento) para garantir a vida, liberdade e propriedade, as constituições (no sentido de documento jurídico formal) devem seguir esse preceito fundamental, sob pena de perda da sua autoridade jurídica. Essa ideia, foi muito aplicada pelos norte-americanos, no entanto, vem sendo relativizada desde o final do século XX.

Após essa breve exposição dos pilares do constitucionalismo liberal, importante fazermos uma análise dos principais fatores históricos que provocaram a independência das antigas colônias inglesas na América. Isso porque, para uma correta interpretação da norma constitucional, sem subjetividades e ideologias políticas, mostra-se necessário extrair não apenas da leitura do texto legal, a conduta que o Constituinte quis prescrever, mas também formular uma compreensão da norma a partir de um parâmetro histórico do movimento constitucionalista. Essa busca por um padrão objetivo a ser extraído das tradições, não apenas representa uma forma mais conservadora de hermenêutica constitucional, mas também uma metodologia de caráter liberal, considerando que a busca constante por limitação do poder do Estado, já faz parte da tradição histórica do direito constitucional. Essa tradição vem desde os primórdios da *common law* inglesa, primeiro pela Magna Carta de 1215 e suas atualizações posteriores, em que o poder judiciário frequentemente entrava em conflito com a monarquia inglesa contra diversos atos de monopólios comerciais (STRONG, 1986, p. 11)

Desse modo, analisando o contexto histórico do constitucionalismo britânico de liberdade econômica, em conjunto com a doutrina da separação de poderes de Montesquieu, surge a seguinte questão a ser o tema central deste trabalho: qual a norma fundamental está contida na doutrina constitucionalista? São normas criadoras de privilégios e poderes para determinadas classes sociais (monopólios), ou são limitações ao poder do Estado e aos detentores do poder econômico e político? Tais perguntas são facilmente respondidas através da história do movimento constitucionalista, que demonstra justamente a luta pela liberdade individual contra arbitrariedades do Estado, bem como em clara oposição aos privilégios concedidos à determinadas classes sociais (ORTH, 2003, p. 13; LOEWENSTEIN, 1976, p. 395).

2. Fatores históricos que inspiraram o constitucionalismo liberal norte americano: as leis abusivas do Parlamento Britânico, e o aumento na cobrança de impostos

Importante destacar um fator interessante sobre os primeiros colonizadores ingleses na América do Norte. Primeiro, muitos eram burgueses praticantes da fé calvinista – chamados de puritanos – e foram para as terras do Novo Mundo com o intuito de viverem livres da perseguição religiosa praticada pela monarquia e pelos nobres anglicanos e católicos. Contudo, aqueles povos sentiam, naquela época, a necessidade permanente de proteção das tropas britânicas contra tentativas de invasões do exército francês (ALMOND, 2018, p. 35), que também buscava colonizar aquelas terras. Sentiam também insegurança em relação aos povos originários daquelas (os índios de diversas tribos). Isto é, havia um conflito evidente entre a França e a Inglaterra, que se agravou na Guerra dos Sete Anos (1756 - 1763), sendo ainda mais grave o fato dos franceses serem ainda mais católicos que os nobres ingleses, e os franceses já tinham o domínio sobre o Canadá, bem como de uma parte considerável das vastas terras à oeste das treze colônias (a antiga Luisiana), oficialmente vendida para os colonos em 1803. Assim, os colonos tinham medo da independência do Império Britânico, porém com o fim da guerra em 1763, quando a Inglaterra venceu a França e anexou o território do Canadá, os

colonos começaram a se sentir mais seguros para autogovernarem as terras (WOOD, 2013, p. 25). Todavia, foi nesse contexto que o Império Britânico começou a entrar em crise financeira, e por esse motivo, iniciaram uma pesada reforma tributária que aumentou a cobrança dos impostos sobre as colônias. Especialmente para manter as tropas na região, que forneciam a segurança dos colonos.

Podemos afirmar que a primeira lei que os colonos não aceitaram foi a *Sugar Act* de 1764 (Lei do açúcar). Eles tinham basicamente dois argumentos para contestar a “constitucionalidade” das leis: primeiro, afirmavam que não havia necessidade de manter os gastos excessivos com as tropas, tendo em vista a vitória contra a França; segundo, afirmavam que não tinham representantes nas cadeiras do Parlamento em Londres (princípio do *no taxation with representation*); por isso, invocaram as ideias de John Locke no sentido de se rebelarem contra os atos do governo que violassem o contrato social.

A *Sugar Act* de 1764, foi a primeira lei interventora na liberdade comercial promulgada pelo Parlamento Inglês após a Guerra dos Sete anos (1763). Na realidade, o *Sugar Act* havia modificado a Lei do Melão de 1733, reduzindo o imposto sobre a importação de melados pelas colônias, porém aumentando a cobrança e fiscalização do tributo, que era bastante negligenciada, principalmente, por meio de subornos à funcionários alfandegários. Na prática, a Lei do Açúcar prejudicou economicamente as colônias, limitando a tradicional liberdade para comercializar o produto, e gerando muita revolta entre os colonos. Essa política, implementada pelo Primeiro Ministro George Grenville (1712–1770), teve o objetivo claro de abusar das colônias na América do Norte, com a cobranças de tributos excessivos (MIDDLEKAUFF, 2007, p. 56), especialmente pelo fato de não terem nenhum representante no Parlamento, bem como utilizando como justificativa: a manutenção das tropas inglesas naquelas terras.

Outra lei que serviu de base para a revolução, foi a Lei do Selo (*Stamp Act*) de 1765. Tanto essa como a Lei do Açúcar foram leis que criavam obrigações excessivas para os cidadãos, e como na época não havia um poder judiciário independente para realização de atos de controle de constitucionalidade, a solução era somente a revolta popular. A tão odiosa Lei do Selo retrata perfeitamente todo o contexto deste trabalho: mesmo sendo aprovada pelo Parlamento Inglês, já demonstrava a sua flagrante inconstitucionalidade. Isso porque, estabelecia, de forma abusiva, a obrigação de que todos os documentos em circulação nas colônias deveriam receber selos provenientes da metrópole, determinando assim que todos os jornais, livros e documentos publicados passariam a ser taxados, implicando ainda mais despesas para os colonos, e, surpreendentemente, reduzindo a liberdade de expressão. Nas palavras do historiador americano Mark Almond (2018, p. 36):

A Lei do Selo de 1765 submeteu muitas transações comerciais a novas obrigações. Pior ainda, os britânicos recusaram-se a permitir que os colonos comerciassem diretamente com outros países europeus. Somente mercadorias transportadas por navios britânicos registrados podiam ser exportadas ou importadas. Tendo desenvolvido extensos elos comerciais com a Europa e outras partes das Américas, os atacadistas ressentiam-se profundamente desta tentativa dos negociantes britânicos em monopolizar o comércio americano.

Observa-se claramente que o Parlamento inglês, que tanto havia lutado contra os abusos da monarquia absolutista no século XVII, passou a violar diretamente a liberdade comercial dos colonos, mas como não havia naquela fase histórica uma previsão constitucional para controle dos atos substantivos do poder legislativo, especialmente, a revolta popular e a guerra foram as únicas formas legítimas de solução para os colonos, como dizia Locke. E o que dizer da mais absurda *Lei dos Alojamentos* de 1765 (*Quartering Acts*), exigindo que os colonos norte-americanos pagassem pelos alojamentos e alimentação das tropas inglesas em território americano? Legislação que viola claramente a propriedade privada e a liberdade individual, além de violar diversos outros princípios fundamentais de qualquer ordenamento jurídico, tais como a dignidade humana e a privacidade dos indivíduos. Essa lei causou tanta revolta aos colonos que, para evitar uma repetição do ato, foi criada, em 1791, a Emenda Constitucional nº 3 nos seguintes termos: “Nenhum soldado deverá, em tempo de paz, ser alojado em qualquer casa, sem o consentimento do proprietário, nem em tempo de guerra, mas da maneira a ser prescrita por lei. Nenhum soldado pode ser alojado em uma casa em tempo de paz sem o consentimento do proprietário, e em tempo de guerra apenas na forma prescrita por lei”.

Muitas outras medidas do Parlamento também foram objeto de revolta por parte dos colonos: a *Currency Act* de 1764 que proibiu a emissão de moeda pelas colônias, também não foi reconhecida pelo povo (MIDDLEKAUFF, 2007, p. 66); as *Townshend Acts*, que englobavam diversas leis aprovadas no ano de 1767 foram fortemente repudiadas. Vejamos por exemplo, a *The New York Restraining Act* 1767. Esse ato do Parlamento simplesmente proibiu o governo de Nova Iorque de tomar qualquer decisão, até que todos tivessem cumprido a *Quartering Act*, de 1765, que obrigava os cidadãos (ainda considerados súditos), a fornecerem suprimentos e moradia para os soldados (MIDDLEKAUFF, 2007, p. 237). Vejamos também a lei chamada *The Revenue Act* de 1767 que institui a cobrança de impostos sobre diversos produtos (vidro, chumbo etc.). Além disso, violando a propriedade privada dos colonos, ao conceder autorização legal para os funcionários do Estado, com poder de polícia, buscar mercadorias contrabandeadas nos estabelecimentos privados, em conjunto com a *The Commissioners of Customs Act* (1767) que, basicamente, criou uma espécie de Junta Alfandegária sediada em Boston para fiscalizar a cobranças de impostos e regulamentar o comércio (Op. cit., p. 113).

A lei denominada de *The Indemnity Act* 1767 também foi altamente repudiada pelos colonos por se tratar de uma medida mercantilista, fazendo parte do pacote legislativo *Townshend Acts* (MIDDLEKAUFF, 2007, p. 166). Com ela, o Parlamento basicamente reduziu os impostos sobre a empresa Companhia Britânica das Índias Orientais, ao importar chá a Inglaterra, sendo que, com essa medida, os colonos foram praticamente obrigados a comprar chá somente da empresa britânica, o que acabou por provocar a revolta do chá em Boston, cujos detalhes não abordaremos nesta obra, mas apenas destacaremos a importância da revolta do povo contra leis inconstitucionais. Como vimos, a ausência de uma instituição política capaz de representar a defesa das liberdades constitucionalmente garantidas dos cidadãos, foi o principal motivo para a guerra de independência. Por isso, esses fatores históricos podem ser considerados como os precursores da jurisdição constitucional, a ser futuramente praticada pela Suprema Corte, sob um forte paradigma interpretativo de defesa das liberdades individuais, especialmente a liberdade comercial.

Outro fator importante que fortaleceu o pensamento liberal clássico entre aqueles povos, é que a maioria das colônias americanas não eram dominadas por aristocratas com monopólios tipicamente feudais, nem haviam territórios certos de sua dominação, como no caso da Europa, sendo que muitos líderes das colônias eram na verdade oficiais coloniais britânicos. Estes haviam se juntado à comerciantes através de acordos e contratos particulares, no sentido de um verdadeiro contratualismo. Ademais, com a derrubada do governo monárquico britânico na *Glorious Revolution* (1688-1689), a influência do absolutismo mal chegou naquelas terras. As pessoas não estavam tão envolvidas com as ideias monárquicas, considerando a perda de legitimidade e da força política da monarquia inglesa na virada do século XVII para o século XVIII (WOOD, 2013, p. 85). Por isso, o liberalismo clássico tinha um maior apoio de toda a população, e encontrou uma resistência muito menor nas colônias do América. Além de geograficamente estarem livres e isolados de invasões de exércitos de governos vizinhos, como foi no caso da França, as colônias cresceram de forma muito independente, e praticando um livre comércio muito forte. Assim, não falaremos sobre os detalhes da guerra entre os colonos e o governo britânico após a declaração de independência, devido à sua complexidade. Basicamente, destaca-se apenas o fato de os colonos não terem aceitado as imposições do Parlamento, e especialmente pelo fato de não estarem representados naquela assembleia em Londres. Ou seja, eles não reconheciam a legitimidade das decisões daquele órgão legislador, por isso entraram em conflito armado.

Nesse sentido, para demonstrar o pensamento constitucionalista que surgiu na América do Norte no século XVIII, vejamos as palavras de Thomas Jefferson (1743-1826), muito inspirada nas ideias de Locke, na época da Declaração de Independência Americana de 1776 (ROTHBARD, 2013, p. 78):

Nós consideramos estas verdades autoevidentes; que os homens são criados iguais e dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis; que entre estes estão o Direito à Vida, à Liberdade e à busca da Felicidade [a tríade mais comum à época era “Vida, Liberdade e Propriedade”]. Que é para garantir tais direitos que governos são instituídos entre os Homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados. Que, sempre que alguma forma de governo se torne destrutiva destes fins, é Direito do povo alterá-la ou aboli-la.

Após a vitória na Guerra de Independência (1783), com a ajuda da França e da Espanha (já sem ela os americanos não venceriam a guerra de forma alguma), e após um longo debate sobre como seria o novo sistema constitucional, os pais fundadores não estavam tão seguros de qual padrão seguir. Não havia um paradigma constitucional a ser adotado que fosse totalmente confiável, mas uma coisa era certa: os americanos não queriam de forma alguma um sistema monárquico (DALLARI, 2012, p. 244). Por isso, os constituintes adotaram muitas filosofias dos antigos, especialmente a ideia dos romanos de *Poder constituinte*, emanado do próprio ato de fundação de um novo corpo político. Além de absorveram diretamente as ideias de Montesquieu sobre a separação de poderes e o perigo grave de concentração de poder em um órgão ou uma pessoa (MONTESQUIEU, 2010, p. 169). Assim, após um longo período de debates, os colonos elaboraram uma constituição, com um novo sistema constitucional: o modelo federalista e

presidencialista. Uma inovação para a época. O poder dos estados federados era limitado; já no primeiro artigo, na seção 10, por exemplo, os estados não poderiam legislar sobre contratos. Isto é criar: “(...) lei que prejudique a Obrigação de Contratos, ou conceder qualquer Título de Nobreza”. Ou seja, o primeiro artigo da nova constituição cuidou de defender a liberdade contratual. Esse dispositivo foi inserido com um objetivo claro: impedir a intervenção do Estado na economia local. Premissa fundamental herdada do liberalismo econômico desenvolvido especialmente pelo iluminismo inglês do século XVIII (A Escola Clássica de Economia).

Após a promulgação da Constituição Americana (1788), um novo paradigma constitucionalista foi implementado no cenário mundial. Um novo modelo de Estado republicano estava surgindo, bem como filosofias novas estavam se fortalecendo. Especialmente, destacaremos o filósofo americano Ralph Waldo Emerson (1803 – 1882), que viveu no período do século XIX, e ficou muito conhecido por suas poesias e discursos, porém, além disso, trouxe uma enorme contribuição para a filosofia liberal, com suas teses individualistas, e que servem de alicerce para as teorias econômicas da mesma época. Ele defendeu a supremacia do indivíduo, a liberdade e a propriedade como valores supremos, em harmonia com a fé cristã. Na sua clássica obra *A Conduta para a vida* (2003, p. 75), onde também desenvolveu a doutrina do *transcendentalismo*, ele afirma que:

A riqueza traz consigo seus próprios freios. A base da economia política é o princípio da não-interferência. A única regra segura se acha na lei, que se organiza por si mesma, da oferta e da procura. Não legisleis. Intervinde, e rasgareis o nervo com as vossas leis sobre o luxo. Não façais liberalidades, fazei leis equitativas; assegurai a vida e a propriedade, e não tereis necessidade de distribuir esmolas. Abri as portas da ocasião à virtude e ao talento; eles saberão render justiça a si mesmos, e a propriedade não estará em más mãos. Em uma república livre e justa, a propriedade se precipita das mãos dos preguiçosos e dos imbecis para a dos homens industriosos, intrépidos e perseverantes. As leis da natureza se manifestam no comércio como uma pequena bateria elétrica manifesta os efeitos da eletricidade.

Nesse sentido, a filosofia individualista ganhou muita força no século XIX. Essa noção de que o indivíduo é autônomo e independente se fortaleceu em oposição ao *coletivismo* típico do período medieval, e que havia se estendido até o período moderno. O coletivismo, basicamente, reduz o poder de decisão do indivíduo, para elevar os interesses da coletividade. Isto é: as pessoas não possuíam uma liberdade plena para escolher os rumos de suas próprias vidas, devendo se submeter às escolhas tomadas pelo grupo social que pertenciam. Esse paradigma se mostra muito evidente no sistema de sociedade estamental, onde os indivíduos, sendo parte de uma determinada classe, eram praticamente condenados a permanecer nela por toda a vida. No entanto, com o advento das revoluções burguesas, e o crescimento do sistema de livre mercado, a liberdade individual ganhou força (TOCQUEVILLE, 1997, p. 38), e os indivíduos passaram a ter uma maior mobilidade, especialmente para empreender e desenvolver uma profissão nova (CONSTANT, 2019, p. 22). Isso porque, no sistema de servidão, típico do paradigma estamental do antigo regime, o súdito que nascia em uma família camponesa deveria assim permanecer por toda sua vida, bem como os jovens da nobreza também não poderiam, na prática, deixar de se formar como soldados para se tornar burgueses comerciantes. Logo, podemos afirmar

que o *individualismo* é uma das origens do pensamento constitucionalista norte americano, voltado para a defesa da liberdade individual e da propriedade privada, formando os pilares do liberalismo econômico moderno.

Antes de adentrarmos nas principais decisões da Suprema Corte Americana sob o paradigma liberal (criada pela Constituição de 1788) sob o paradigma liberal, mostra-se importante destacar as palavras do Juiz John Marshal (1755 - 1835) *Chief of Justice* e relator do famoso caso *Marbury vs Madison* (1803). Marshal afirmou, no julgamento mais famoso do Tribunal, uma das doutrinas fundamentais do paradigma do constitucionalismo liberal: a *supremacia da constituição*. Nela, os preceitos como vida, liberdade e propriedade passaram a ter força normativa, em uma hierarquia superior, vinculando diretamente o poder legislativo, de maneira que qualquer legislação contrária a esses princípios deve ser retirada do ordenamento jurídico. Segundo ele:

Há apenas duas alternativas – muito claras para serem discutidas: ou a Constituição controla qualquer lei contrária a ela, ou a legislatura pode alterar a Constituição mediante uma lei ordinária. Entre tais alternativas, não há meio termo: ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis e, portanto, como qualquer delas, pode reformar-se ou deixar-se sem efeito sempre que o Congresso [assim] entender. Se é certa a primeira alternativa, então uma lei contrária à Constituição não é lei; mas se, ao contrário, é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são intentos absurdos do povo para limitar um poder ilimitável por natureza. [...]. [É] princípio, pressuposto, por ser essencial a todas as Constituições escritas, que uma lei contrária à Constituição é nula; e que as cortes, assim como os outros departamentos, estão vinculadas a este instrumento. (ESTADOS UNIDOS. *Marbury vs Madison*, 5 U. S. 137 - 1803)

Podemos afirmar, seguramente, que o caso *Marbury vs Madison* (1803) foi um marco histórico jurisprudencial de todo o controle de constitucionalidade, em todo o mundo. Isso porque, anulou um ato praticado no Congresso por ser incompatível com a Constituição. Contudo, não abordaremos seu conteúdo, tendo em vista que o tema central dessa pesquisa é demonstrar as bases da jurisprudência liberal da Suprema Corte, em casos específicos sobre a liberdade econômica, tema de importantíssima conexão com as teses da Escola Austríaca de Economia. Com isso, consolidando o *paradigma liberal da hermenêutica jurídica*.

3. Os primórdios do paradigma liberal na hermenêutica da Suprema Corte Americana: o caso *Fletcher v. Peck* (1810)

Vejamos alguns processos ocorridos após o início do *judicial review* - iniciado a partir do caso *Marbury vs Madison* (1803). No julgamento do caso *Fletcher v. Peck*, no ano de 1810, a Suprema Corte decidiu, que a concessão pública de terras à uma empresa privada se configurava como um contrato, de acordo com a *Cláusula de Contrato* da Constituição (Art. I, seção 10). Assim, uma vez que fora perfeitamente realizado, o contrato já não poderia mais ser revogado, e possuía validade obrigatória (*pacta sunt servanda*). Nesse sentido, esse julgamento histórico serve de base para toda uma tradição jurisprudencial que marcou o paradigma do constitucionalismo liberal do século XIX e início do século XX. Além de estabelecer uma interpretação estrita

da Cláusula de Contrato, o caso ficou marcado como *leading case* (primeiro caso), em que a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei estadual. Isso porque o caso *Marbury vs Madison* (1803) tratava-se de ato federal.

O problema surgiu em 1795, quando a Assembleia Legislativa da Geórgia privatizou uma quantidade considerável de terras ao redor do rio Yazoo (hoje considerado parte dos estados de Alabama e Mississippi) (MAYER, 2011, p. 27). Contudo, além de ter sido questionado pela população, na época, o preço de venda das terras (1,5 centavo por acre), fora principalmente contestado o fato de que os deputados haviam sido subornados pelo setor privado. Um ano depois, em 1796, a Assembleia estadual revogou a concessão, no entanto, em 1800, um cidadão chamado John Peck, adquiriu, de forma lícita, algumas terras oriundas da antiga concessão de 1795, sendo que, em 1803, vendeu uma parte para outro homem chamado Robert Fletcher, pelo valor de três mil dólares. Posteriormente, quando Fletcher descobriu que a venda do terreno havia sido anulada pela nova lei estadual, ajuizou uma ação contra John Peck, alegando nulidade do contrato em razão de erro na informação sobre a origem da propriedade.

No caso do direito brasileiro: o chamado *dolo* (art. 145 a 150 do Código Civil Brasileiro). Após a decisão de primeira e segunda instâncias serem em favor de John Peck, contudo, Robert Fletcher apelou para a Suprema Corte. No julgamento, fora analisado, basicamente, se o *act* estadual de 1796 que havia revogado o *act* de 1795 era compatível com ou não com o Artigo I, Seção 10 da Constituição Federal. Ou seja, a Suprema Corte teve que decidir, no mérito, se o estado da Geórgia poderia revogar indiretamente os contratos de compra e venda realizados com base na lei anteriormente revogada, uma vez que havia concretizado a venda original da terra, tomando como paradigma a Constituição norte americana.

Nessa época, o presidente da Suprema Corte ainda era John Marshall, famoso pelo caso *Marbury vs Madison*. Em uma decisão de 4 x 1 relatada por ele, ficou decidido que o estado da Geórgia havia violado diretamente a *Contract Clause* positivada na seção 10 do artigo primeiro da Constituição, cuja norma determina que nenhum estado poderá aprovar nenhuma lei *ex post facto*, ou lei que *prejudique a Obrigação de Contratos*. Ou seja, criava-se uma restrição expressa quanto à intervenção do Estado na esfera dos negócios privados, especialmente pelo fato de que, o Tribunal, embora tenha reconhecido a existência de fraude na aprovação da lei estadual, não acolheu a tese de soberania do estado da Georgia para revogar o ato de corrupção pública. Na interpretação dos Juízes, o Senhor Peck era na verdade um terceiro de boa-fé que pagou pelo terreno privatizado (vendido pelo Estado), sendo que, quando vendeu para Fletcher, também não estaria cometendo nenhuma ilegalidade. Por isso, o contrato de compra e venda realizado entre os particulares não foi alterado, mantendo-se a força normativa do pacto. Assim, a ação de Fletcher contra Peck foi julgada improcedente, sendo que a lei da Geórgia que revogou as concessões foi declarada inconstitucional, consolidando uma hermenêutica constitucional típica do paradigma do *constitucionalismo liberal* do início do século XIX, por meio do controle difuso. Essa visão também foi reforçada no caso *Dartmouth College v. Woodward* (1819).

Ainda antes da guerra civil americana, que marcou o fim da escravidão, tivemos também o caso julgado na Suprema Corte: *Dartmouth College v. Woodward* (1819). Esse processo também marcou a força normativa da cláusula constitucional dos contratos (Art. I seção 10). Isso porque,

o poder legislativo do Estado de New Hampshire, havia editado uma lei que transformou o Colégio *Dartmouth* (uma escola privada) em uma universidade pública (PEREIRA, 2008, p. 136), alterando as estruturas internas da instituição. Literalmente o poder legislativo estatizou a instituição, que havia sido criada ainda na época colonial através de um alvará concedido pela Coroa Britânica no ano de 1769, aos curadores do *Dartmouth College*. Por isso, as alegações de inconstitucionalidade da lei estavam firmadas na ideia de que: a criação do colégio era compreendida como uma espécie de contrato, nos moldes da seção X do Art. I da Constituição. Logo, os estados federados não poderiam legislar no sentido de “*impairing the Obligation of Contracts*”, ou seja, não poderiam refazer ou anular contratos privados (TOCQUEVILLE, 2019 p. 193). Assim, o *Justice* John Marshall, ainda presidente nessa época, entendia que o ato legislativo de converter a escola privada em uma instituição estatal, configurava uma violação do poder estatal na atividade privada. Esse entendimento é de grande importância na consolidação do paradigma do constitucionalismo liberal, bem como da hermenêutica que servirá de padrão para os casos julgados posteriormente na Suprema Corte. O Tribunal utilizou de um método interpretativo típico do paradigma liberal, em que uma concessão pública (no caso, a criação do colégio no século XVIII), se equipara a um contrato entre o Estado e um cidadão em particular, e por isso não pode ser desfeito nem mesmo por meio de legislação estadual.

No entanto, a interpretação da cláusula contratual começou a ser levemente relativizada nos casos *Providence Bank v. Billings* (1830) e posteriormente no *Charles River Bridge vs. Warren Bridge*, em 1837, já na presidência do Juiz Roger B. Taney. Não entraremos nos detalhes desses processos históricos, porém, importante destacar que não houve a modificação do entendimento sobre a inconstitucionalidade da regulação econômica estadual sobre corporações empresariais privadas. Conforme veremos mais a diante sobre a *Era Lochner*, um dos casos que marcou o fim do paradigma liberal foi o julgamento de *Home Building & Loan Association v. Blaisdell* (1934), como forma de “autorizar” a intervenção estatal para reduzir os efeitos da Grande Depressão de 1929. Assim, o Tribunal passou a decidir, gradualmente, que o Estado poderia, por meio de atos oficiais (incluindo legislações), alterar os termos de qualquer contrato privado, porém ainda com fortes restrições. Ou seja, apenas em caso excepcionais.

Podemos dizer que o constitucionalismo liberal norte americano se consolidou, oficialmente, após a Guerra Civil (1861–1865) com a Emenda Constitucional nº XIV de 1868, marcando o auge da chamada *Idade Dourada*. (PEREIRA, 2008, p. 170) Trata-se de um período entre 1865 a 1900, que marcou o crescimento elevado da economia americana, bem como um aumento considerável da população e das cidades. Não entraremos em detalhes da guerra, considerando a complexidade dos eventos que a provocaram, mostrando-se apenas importante destacar que o conflito foi gerado pela total ausência de acordo político entre os estados do norte e os estados do sul, sendo que esses ainda possuíam escravos como base da cadeia produtiva. Os estados do norte queriam o fim da escravidão, por vários motivos, dentre eles pelo fato de que o Norte possuía grandes indústrias, e por isso tinham interesse no aumento da população consumidora, e como os escravos não eram considerados cidadãos, esses não podiam participar da vida social, e por isso também não poderiam consumir os produtos que vinham do Norte. Esse fator foi muito influente na consolidação do constitucionalismo liberal (DALLARI, 2012, p. 123), considerando que foi um dos principais motivos para a emenda que aboliu o sistema

de escravidão (Emenda Constitucional nº XIII de 1865). Isso demonstra claramente que o paradigma da economia de livre mercado (capitalismo), mostra-se harmônico aos interesses das liberdades individuais, e totalmente contra a escravidão e servidão involuntária.

Com o período da *Era Dourada*, muitos imigrantes vindos de todo o mundo, especialmente da Europa, se mudaram para os Estados Unidos na busca de empregos e oportunidades melhores de gerar riquezas e na busca de mais qualidade de vida. Por isso, esse fenômeno provocou o crescimento de grandes centros urbanos, e com isso diversos problemas sociais também surgiram. Em todo o mundo, especialmente na Europa, teve início nessa época o desenvolvimento de teorias do Estado e do Direito com paradigmas mais socialistas (coletivistas), marcados pela reivindicação de mais intervenção do Estado nas relações privadas em geral (DALLARI, 2012, p. 310), bem como por medida mais positivas do poder público para reduzir a pobreza e os problemas urbanos decorrentes da rápida industrialização do país. Uma onda de forte competição entre grandes empresas ajudou no crescimento exorbitante do mercado consumidor, bem como grandes fortunas pessoais começaram a surgir nesse período, movimentando bastante o sistema financeiro. No entanto, como nem tudo é perfeito, verificou-se também um enriquecimento de empresários em conjunto com muitas denúncias de corrupção com pessoas envolvidas no meio da política. Problemas oriundos do crescimento econômico exagerado.

Na primeira seção da 14ª *Amendment*, que sucedeu a 13ª *Amendment* de 1865, muitos institutos importantes foram estabelecidos no constitucionalismo americano: Primeiramente, ficou definido o formato de cidadania americana, em que *todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos seriam cidadãos* (Seção I), modificando o sistema de escravidão, e reconhecendo a igualdade formal entre os povos que habitavam aquelas terras. Ademais, ainda na primeira seção, ficou definido claramente um limite para a atividade legislativa, na medida em que “Nenhum Estado fará ou fará cumprir qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis” (PEREIRA, 2008, p. 250). Essa cláusula, chamada de *due process*, representa o que denominamos nos dias de hoje como *inconstitucionalidade formal e material*, na linguagem do direito brasileiro. Contudo, substancialmente não há diferença, haja vista que, no caso do constitucionalismo americano do século XIX, a ideia era justamente reduzir o poder estatal, exigindo não apenas um devido processo formalmente válido, para que uma pessoa perdesse sua liberdade e sua propriedade, com a observância de garantias processuais, tais como o direito de contraditório e ampla defesa. Mas também, exigia-se que o conteúdo (substância) das decisões judiciais, e também as decisões legislativas – principalmente – também estivessem de acordo com os preceitos fundamentais da Constituição (vida, liberdade e propriedade).

Com a Emenda Constitucional nº 14, o crescimento econômico foi inevitável, e não apenas nos Estados Unidos, mas em todo o mundo. Trata-se de efeitos naturais da economia de livre mercado. No entanto, o Estado, sob pressão das classes políticas, começou a promulgar leis interventoras. Assim, já no início do século XX, a Suprema Corte Americana se deparou com o caso *Swift & Co. v. Estados Unidos* (196 U.S. 375 - 1905). Esse litígio começou quando o

governo dos Estados Unidos aplicou o *Sherman Antitrust Act* de 1890 em diversos casos práticos envolvendo empresas de fornecimento de carne locais. O *Sherman Act*, basicamente, foi uma lei federal aprovada pelo Congresso Americano no ano de 1890, justamente nesse contexto de mudança de paradigma mais liberal para um paradigma mais social (com mais intervenção estatal). Nesse *federal act*, o objetivo do Congresso era impedir as concentrações e formações de cartéis no país, tendo em vista a grande quantidade de grandes empresas que estavam surgindo. Contudo, importante destacar que, muito embora seja comum referir a concentração de poder econômico como “monopólios comerciais”, o termo não é correto, tendo em vista que “monopólio” remete à um tipo de privilégio concedido pelo Estado, e não pelo livre mercado. Isso porque, os monopólios eram práticas típicas do mercantilismo, o que não é o caso do período da *Era Dourada* do século XIX nos Estados Unidos. Assim, a *Sherman Antitrust Act* buscou “incentivar” o empreendedorismo de pequeno porte, e tentar “proteger” seus negócios contra os grandes empresários, bem como também promover a defesa dos interesses dos consumidores. O que é controverso. Para tanto, previa a nulidade de contratos que de alguma forma buscavam formar cartéis ou “conspiração” entre empresários para dominar a concorrência, restringindo o livre mercado.

Nesse sentido, o governo federal instaurou um processo contra a empresa *Swift & Co.* em conjunto com vários outros negociantes de carne em várias partes do país, por suposta violação da Lei Sherman, considerando que representavam cerca de 60% do comércio de carne dos Estados Unidos. Uns forneciam o gado de um estado da federação, para serem vendidas as carnes no varejo em outros estados, basicamente. Por isso, foram acusados de “conspirar” para restringir o comércio fixando os preços pelos quais comprariam e venderiam as carnes. Na primeira instância, os empresários foram considerados infratores, e por isso foram impedidos de realizarem novas fixações de preços entre eles. No recurso extraordinário (utilizando a linguagem do direito brasileiro atual), alegaram perante a Suprema Corte, que o governo federal não tinha poderes constitucionais para regulamentar essas atividades comerciais. Assim, em uma decisão relatada pelo Juiz Oliver Wendell Holmes (1841-1935), o Tribunal decidiu pela constitucionalidade da *Sherman Act*, bem como da sua aplicação no caso dos comerciantes de carne. Além de ser considerada compatível com o paradigma do constitucionalismo americano.

O debate central do caso *Swift & Co. v. Estados Unidos* (1905), que consta nas alegações dos recorrentes, é de que suas atividades comerciais estariam fora do previsto na Constituição, e por isso, o Congresso não poderia regulamentar essa atividade. Isso porque, a *Cláusula de Comércio* da Constituição permite que o poder legislativo Federal regule apenas o “comércio interestadual”, e não o comércio local. Os empresários argumentaram perante a Suprema Corte, que o negócio praticado por eles eram *comércio local*, e que a jurisprudência majoritária, especialmente no caso *Gibbons vs Ogden* (1824), era no sentido de que se configura “comércio interestadual”, a compra e venda de mercadorias entre estados. No entanto, o Tribunal entendeu que os empresários agiram de forma conjunta, pois, embora fossem comerciante isolados, sem nenhuma conexão direta entre si, participavam de um grupo fechado de negociantes em estados diferentes, configurando um “comércio interestadual” constante. Portanto, poderia ser aplicada, nesse caso concreto, a *Cláusula de Comércio* e consequentemente a Lei Sherman, confirmando, assim, a ordem liminar contra empresa *Swift Co.* e os demais empresários acusados.

Nesse sentido, podemos seguramente afirmar que o caso *Swift & Co. v. Estados Unidos* (1905) marcou uma mudança de paradigma na jurisprudência da Suprema Corte americana, flexibilizando a aplicação da *Cláusula de Comércio* anteriormente aplicada no caso *Estados Unidos v. EC Knight* (1895). Isso porque, no caso *United States v. E. C. Knight Co.* (156 U.S. 1-1895), ou também chamado de “*Sugar Trust Case*”, a Corte máxima havia limitado o poder do governo federal em promover ações antitruste sob a *Sherman Antitrust Act* (*Lei Antitruste Sherman*). O caso não era assim tão diferente do processo envolvendo a *Swift Company* e os demais empresários de ramo de carne. Na verdade, era um caso ainda mais evidente de concentração de mercado. Vejamos que, no ano de 1892, a empresa *American Sugar Refining Company*, após uma negociação entre os acionistas proprietários, passou a controlar uma outra empresa: a *E. C. Knight Company* e outras ligada a ela, o que resultou em uma concentração de quase 100% da indústria americana de refino de açúcar. Por isso, o Governo Federal propôs uma ação judicial contra a *Knight Company* para impedir a aquisição, o que fora negado pela Suprema Corte, após uma longa discussão judicial, sob o fundamento de que o governo não está autorizado, de acordo com suas atribuições constitucionais, a regulamentar as atividades empresariais do setor privado. Isto é: a invadir a esfera privada dos negócios, basicamente. Com isso, a decisão prevaleceu até o final da década de 1930, especialmente no caso *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937) quando a Corte tomou posição diferente sobre o poder do governo em regular a economia; uma verdadeira mudança de paradigma interpretativo da constituição, haja vista que que o Congresso poderia proibir constitucionalmente as práticas comerciais locais como um meio de regular o comércio interestadual. Isso porque, essas práticas, na visão interventora, quando combinadas, estavam dentro da “corrente de comércio” entre os estados.

Antes de adentrarmos nos principais casos marcantes do *constitucionalismo liberal* da Suprema Corte Americana no século XX, importante trazer algumas lições teóricas do jurista e escritor americano Ronald Dworkin (2002, p. 127), na sua obra *Levando o direito a sério*, a respeito dos direitos individuais. Segundo ele: “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.” Nesse sentido, Dworkin (2002) faz uma separação entre argumentação jurídica e argumentação política. Na sua visão, o discurso a ser realizado no julgamento de um processo na jurisdição constitucional é essencialmente diferente do discurso pronunciado nos órgãos estatais de execução de políticas públicas. Isso porque, no julgamento de casos concretos, o que se pretende é fazer concretizar os direitos individuais, de forma categórica, ou seja: o poder judiciário tem o dever de aplicar a norma constitucional aos casos concretos de forma imparcial, enquanto na esfera das decisões políticas, os agentes públicos devem aplicar atos estratégicos para servir ao máximo possível de pessoas. Essa diferença é importante para compreensão da hermenêutica constitucional, na medida em que os direitos à liberdade contratual, por exemplo, como base do sistema de livre mercado, não se trata de um argumento de política pública, mas sim de uma garantia constitucional do indivíduo, firmando assim a base para uma teoria metodológica de aplicação nos casos concretos.

4. A Suprema Corte Americana e os debates jurisprudenciais ocorridos na *Era Lochner*

Diante do contexto doutrinário do constitucionalismo americano, podemos afirmar que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América é considerada a grande inspiradora do *constitucionalismo liberal*, especialmente na *Era Lochner* (1897-1937). Isso porque, no processo *Lochner v. New York* (1905) a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia o número máximo de horas de trabalho (*Bakeshop Act* – 1895). Naquela época, a supremacia dos direitos individuais era muito forte na hermenêutica jurídica. Logo, o Tribunal entendia que de fato a Constituição Americana impedia os estados de interferir em quase todos os tipos de contratos, inclusive os de relação de trabalho. Isso porque, o direito de compra e venda de mão de obra era visto, na doutrina constitucional, como uma das garantias fundamentais protegida pela Emenda Constitucional nº 14/1868, premissa que levou à declaração de inconstitucionalidade de diversas leis estaduais. No século XIX, o Tribunal declarou inconstitucional mais de 175 (cento e setenta e cinco) leis estaduais (SOUZA CRUZ, 2004, p. 328), sendo que, até o ano de 1938, a Suprema Corte teria declarado inconstitucionais, exatamente 1.088 (mil e oitocentas) leis estaduais e municipais, e 114 (cento e quatorze) leis federais (BAUM, 1987, p. 265).

Vejam os detalhes do *leading case Lochner v. New York* em 1897: o estado de *New York* aprovou no ano de 1895, uma lei chamada de *Bakeshop act*, estabelecendo que nenhum funcionário deve ser autorizado a trabalhar em padaria de biscoitos, pão ou bolo ou estabelecimentos de confeitaria por mais de sessenta horas na semana. Assim, um homem chamado Joseph Lochner, dono da *Lochner's Home Bakery* foi multado em US\$50 por permitir que um funcionário trabalhasse mais de 60 horas por semana (MAYER, 2011, p. 31; PEREIRA, 2008, p. 140; SOUZA CRUZ, 2004, p. 329). Por isso, Lochner foi condenado à prisão, até que pagasse a multa. Assim, Lochner apelou de ao Tribunal de Apelações de Nova York, alegando que a lei trabalhista era inconstitucional. No entanto, o Tribunal confirmou a sentença, e Lochner apelou para a Suprema Corte dos EUA. Por fim, em uma decisão 5-4 relatada pelo Juiz Rufus Peckham, considerou o ato inconstitucional, anulando a condenação de Lochner.

Nesse caso, nota-se que o Tribunal interpretou a lei estadual como uma interferência absoluta no *direito de liberdade individual* de contrato entre o empregador e seus empregados. Isso porque, o direito à liberdade de contratação faz parte da *liberdade do indivíduo*, protegida pela cláusula de *devido processo legal* da 14ª *Amendment* (livre iniciativa, na Constituição Brasileira, Art. 1º inciso IV), que proíbe os estados de privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (Art. 5º inciso LIV da Constituição do Brasil). Logo, para o pensamento da época, e que não deve ser esquecido nos dias atuais, o direito de compra e venda de mão de obra por meio de contrato, era considerado como liberdade do indivíduo. Ou seja, uma garantia constitucional (DWORKIN, 2002) e não um argumento de política econômica.

Os juristas americanos John E. Nowak e Ronald D. Rotunda (2004, p. 444), em coautoria, explicam perfeitamente do que se trata a hermenêutica constitucional baseada nas tradições históricas dos Estados Unidos. Segundo eles: “Deve-se consignar que a posição dos juízes resultou

de sua leitura independente da Constituição, e da histórica liberdade de ação econômica na vida americana e não de algum desejo arbitrário de proteger os grandes empresários.” Logo, o que estava em jogo era o esforço diário de muitos pequenos proprietários de padarias da cidade de Nova York, e não grandes empresas. Conforme o paradigma (modelo) interpretativo da época anterior à invasão socialista no direito constitucional, a liberdade sem dúvida era muito mais valorizada, por isso, pode-se dizer que o liberalismo econômico é sempre benéfico para as classes sociais mais pobres financeiramente, e não somente para grandes empregadores. Desse modo, J. Nowak e R. Rotunda (2004, p. 444) também afirmam que, na época do constitucionalismo liberal da Suprema Corte: “Se o Estado falhasse em justificar adequadamente uma regulação particular do trabalho como uma medida do poder regulamentar apropriada, a Suprema Corte invalidaria a lei como violadora do devido processo”.

O paradigma interpretativo do constitucionalismo liberal segue, portanto, uma metodologia própria. Primeiro é colocado como prioridade, a liberdade individual (direito de escolha), segundo a propriedade privada (direito sobre si mesmo e sobre os bens utilizados no empreendimento), e em terceiro lugar, as consequências que advêm dessa combinação de direitos fundamentais. Ou seja, trata-se de estipular a regra geral da liberdade como parâmetro básico, sendo que o eventual abuso de poder da liberdade individual deverá ser rechaçado de forma subsidiária, porém jamais invertendo a regra das normas constitucionais. Trata-se de supervalorizar o direito à liberdade individual do empregador de contratar, como no caso *Lochner* (1905), além disso, o empregado também possui, *in thesi*, o direito de escolher se trabalharia ou não pelo período prolongado. Essa lógica, por mais abstrata e formal que seja, também é bastante prática, visto que de fato é o que ocorre no mercado de trabalho, onde muitas pessoas se submetem a trabalhos por necessidade, sem levar em conta o que o Estado entende por certo ou errado. Isto é: temos aqui a essência do liberalismo, como autonomia do indivíduo, onde somente este poderá decidir e saber, se deve ou não aceitar uma proposta de emprego.

No caso *Lochner* (1905), o Tribunal admitiu que, embora em certas circunstâncias os estados tenham o dever de regulamentar certos contratos por meio de seus poderes de polícia, a indústria de panificação, ao contrário da indústria de mineração, não era um “comércio insalubre” e por isso não estava legalmente sujeita a regulamentação. É como se fosse um exagero, o que posteriormente se transformaria na doutrina da ponderação de princípios por meio da *razoability* (razoabilidade). No entanto, ainda que haja ponderação ou sopesamento, o Tribunal considerou que o ato foi uma interferência “irracional, desnecessária e arbitrária” na liberdade do trabalhador de escolher a forma como traria o sustento de suas famílias. A liberdade entre patrão e empregado de se contratarem em relação ao emprego, no paradigma do constitucionalismo liberal, não pode ser reduzida por medidas governamentais.

O case *Lochner v. New York* sempre foi polêmico, tendo em vista seu caráter altamente controverso no sentido interpretativo. Nesse período, a Suprema Corte foi considerada um órgão altamente conservador e liberal ao mesmo tempo, considerando que mantinha uma tradição de liberdade econômica, baseada nos primórdios do constitucionalismo americano, que vinha desde o período das revoluções populares contra as arbitrariedades do Parlamento Britânico. Contudo, ao mesmo tempo era vista como uma instituição que “liberava” todo

tipo de supostos abusos por parte dos indivíduos. O que é controverso do ponto de vista do liberalismo.

Muitas críticas foram feitas ao método liberal de interpretar a Constituição Americana. O famoso advogado e professor americano DAVID KAIRYS, natural da cidade de Baltimore, em sua obra *With liberty and justice for some* (1993, p. 3), explica o liberalismo aplicado pelo judiciário norte-americano com as seguintes palavras:

As cortes liberais intervêm para prevenir que outras partes do governo federal, estadual ou local, intrometam-se no povo. E fazem isso na ausência de uma autoridade anterior e, constantemente, a despeito de regras estabelecidas ou precedentes em contrário. Esses dois fatores – intervenção e inovação – caracterizam o ativismo judicial. O desejo da Corte de engajar-se em ambos é usualmente suficiente para receber o rótulo, ou acusação, de ativismo judicial. Juízes liberais eram considerados ativistas embora seu ativismo fosse usado para impedir a intromissão do governo em assuntos relativos à liberdade pessoal do indivíduo.

O constitucionalista norte-americano Lawrence Baum (1987, p. 260-261), na sua obra *The Supreme Court* também elaborou uma crítica ao método hermenêutico da *Era Lochner*. Ele entende que as decisões da Suprema Corte que anularam as legislações de caráter interventor tratavam-se de uma onda de “ativismo judicial”. Numa visão crítica, ele afirma que: “A revisão judicial não é a única base para políticas ativistas: a Corte pode entrar em conflito com as políticas de outros poderes do Governo através de suas interpretações de leis. Mas a corte intervém mais direta e nitidamente no processo de elaboração de políticas através do uso da revisão judicial”. Aqui, a revisão judicial (*judicial review*) é justamente o poder de declarar inconstitucional uma lei por ser diretamente incompatível com a constituição. Porém, é justamente nesse contexto histórico do início do século XX que verificamos uma tentativa da Suprema Corte de evitar o abuso de políticas públicas de cunho coletivista, e devido à mudança de paradigma ocorrido no final da década de 1930, o *judicial review* se tornou, para o universo do pensamento constitucionalista, uma espécie de “ativismo” no sentido negativo do termo, sendo que, para os juízes que seguiam o padrão do Estado Liberal, o “ativismo” era na verdade praticado na verdade pelo poder legislativo, quando criava leis que relativizavam as liberdades contratuais de várias espécies.

4.1. *Adkins v. Children’s Hospital*

Vejamos também outro caso da *Era Lochner*: o julgamento *Adkins v. Children’s Hospital* (1923) Relatado pelo juiz Alexander George Sutherland. Esse processo histórico também é de extrema importância para uma perfeita compreensão do paradigma liberal adotado no período *Lochner*, em que a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei estadual de salário mínimo para mulheres e crianças do Distrito de Columbia (Washington DC) no ano de 1918 (MAYER, 2011, p. 64-65). A intenção do legislador ficou clara no sentido de proteger os interesses de mulheres e crianças contra eventuais abusos e condições prejudiciais à saúde. Ou seja, concretizar o princípio da dignidade humana, na linguagem atual. Para tanto, fora criado pelo governo, em cumprimento da lei, um conselho para fiscalizar o cumprimento da norma. Logo, como havia em Columbia um Hospital Infantil (*Children’s Hospital*) onde haviam

muitas mulheres que trabalhavam com salários abaixo dos valores estabelecidos pelo conselho (cerca de 15 dólares por semana), o hospital ajuizou uma ação contra o conselho alegando a inconstitucionalidade dos regulamentos por violação ao princípio da liberdade de contrato (Emenda Constitucional nº V/1791 e Emenda nº XIV/1868), utilizando como fonte jurisprudencial o precedente do caso *Lochner v. New York* (1905).

O Tribunal, por cinco votos a três, entendeu que a lei estadual violava a Cláusula do Devido Processo Substantivo. Ou seja, era materialmente inconstitucional, no mesmo sentido da decisão proferida no caso *Lochner v. New York* (1905). Além disso, ficou demonstrada a importância da cláusula (preceito constitucional) insculpido nas duas emendas, no sentido de que todos os cidadãos americanos possuem direitos formalmente iguais para negociarem entre si, obtendo as melhores condições para os termos do contrato. O Juiz Sutherland Relator do processo, afirmou em seu voto que, a lei do salário mínimo configura uma *interferência arbitrária* do poder legislativo na liberdade individual de contratar (MAYER, 2011, p. 101). Haja vista a tradição constitucional liberal dos Estados Unidos, de serem uma *free land* (terra livre), de maneira que o ato legislativo prescrevia valores genéricos para salários à todas as mulheres do estado, sem levar em conta as particularidades de cada contratante nem contratado. Além disso, conferia proteção especial para as mulheres e nada se referia aos homens. Assim, o Tribunal entendeu, na sua maioria, que a Emenda Constitucional nº XIX de 1920, passou a proibir a discriminação entre homens e mulheres, especialmente sobre o direito ao voto, afirmando que a legislação estadual do salário mínimo feminino estaria criando uma espécie de discriminação, e que não havia a necessidade de proteção das mulheres por parte do Estado, haja vista que eram capazes de se proteger por meio do processo político bem como do poder de negociação na esfera privada.

Nesse sentido, o julgamento de *Adkins v. Children's Hospital* reafirmou a hermenêutica liberal aplicada no caso *Lochner*, no sentido de que: as leis de salário mínimo violam o direito à liberdade individual do cidadão de contratar com seu empregador livremente, sem imposições por parte do Estado. Desse modo, o paradigma interpretativo dos casos ocorrido na Era *Lochner*, envolvem diretamente o liberalismo econômico, contudo, não se verifica que não se trata da chamada “análise econômica do direito”, mas sim, de uma defesa do direito à liberdade individual de cada cidadão. Tanto em relação ao empregador como em relação ao empregado; de maneira que, o cidadão americano que pretendia contratar uma pessoa para trabalhar em seu negócio, teria, no padrão/paradigma do constitucionalismo liberal, o direito a propor o valor que poderia e gostaria de pagar pelo serviço contratado, enquanto que, o cidadão que pretenda aceitar ou negar a oferta teria o direito de trabalhar pelo valor oferecido pelo contratante. Nos moldes da teoria subjetiva do valor de Menger (2017, p. 93).

4.2. *West Coast Hotel v. Parrish* (1937)

Por fim, o pensamento consolidado no caso *Adkins v. Children's Hospital* foi definitivamente superado no julgamento do caso *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), no sentido de que os estados podem impor regulamentos de salário mínimo aos empregadores privados, sem violar a cláusula do devido processo (MAYER, 2011, p. 106), tratando-se de um exercício legítimo do

poder de polícia do estado. Essa mudança se deu justamente numa época em que muitas constituições de cunho populista começaram a ser promulgadas. No caso *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), a Suprema Corte decidiu, por 5 votos a 4, pela constitucionalidade da lei estadual de Washington, após uma mulher chamada ELSIE PARRISH, que era camareira do *West Coast Hotel em Washington*, ajuizar uma ação exigindo o pagamento do salário mínimo estipulado pela lei estadual. Após o tribunal local seguir a linha interpretativa do caso *Adkins v. Children's Hospital*, a autora recorreu, a Suprema Corte decidiu de forma contrária, modificando o entendimento jurisprudencial.

Nesse novo entendimento, os Juízes da Suprema Corte dos Estado Unidos, que haviam sido modificados (MAYER, 2011, p. 109), entenderam que a Décima Quarta Emenda de 1868 não trata de liberdade contratual, sendo que tal garantia não é absoluta, e que muito embora o conteúdo da referida emenda seja no sentido de proteger os direitos à vida, liberdade e propriedade, não se pode extrair dessa norma a proibição do Estado em legislar sobre contrato de trabalho. Além disso, afirmou a doutrina da *razoability*, determinando que a lei estadual era “razoável” e que por isso não poderia ser declarada inconstitucional, já que pretendia proteger a saúde e bem-estar dos trabalhadores. Essa decisão, que após muito debate e pressão política por parte do Presidente Franklin Roosevelt (MAYER, 2011, p. 109), anulou diretamente o paradigma histórico do caso *Adkins v. Children's Hospital* (1923). Infelizmente, para proteger o pacto de legislação interventora do programa político denominado de *New Deal* (1933 - 1939) em que o Estado passou a interferir na economia de forma sistemática e legalizada.

Após o enfraquecimento do paradigma do Estado liberal, bem como do constitucionalismo liberal individualista, conseqüentemente, os direitos individuais passaram a ser bastante relativizados, e o Estado passou a ter o poder de não apenas regulamentar (estipular/modificar) os termos de contratos de trabalhos entre cidadãos, mas também passou a ter o poder, de acordo com a interpretação dos tribunais, de modificar contratos entre empresas, desfazendo negócios e fechando indústria, inclusive de alimentos, como no caso *Swift & Co. v. Estados Unidos* (1905). Além disso, o novo paradigma hermenêutico do Estado Social passou a autorizar que o Estado também pudesse regular preços de produtos no mercado, incluindo a taxa de juros a ser cobrada por instituições financeiras, e chegar ao ponto de nacionalizar empresas privadas, abrindo portas para o sistema socialista, em que as liberdades econômicas passam a ser totalmente relativizadas.

Vejamos um julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do contexto debatido ao longo dessa pesquisa. Na realidade, foram cinco ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em conjunto no ano de 2017: ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, todas propostas em face da Lei 13.429/2017, que alterou dispositivos da Lei 6.019/1974, sobre a chamada *Lei da Terceirização*. As ações foram ajuizadas pelo Partido Rede Sustentabilidade (ADI 5685), alegando suposta inconstitucionalidade da lei por violação ao princípio da proteção ao trabalho, afirmando que a Constituição Federal de 1988, promoveu uma forte constitucionalização do Direito do Trabalho. Assim, a interpretação do referido partido político segue no sentido de que, a proteção ao valor social do trabalho estaria sendo restringida com a ampliação da terceirização de serviços pelas empresas. Essa mudança, causaria, segundo a interpretação do Partido Rede, cuja ideologia é

claramente de esquerda, “efeitos perversos no sistema trabalhista”, tendo em vista a suposta precarização do mesmo, bem como um desequilíbrio nas relações de emprego, ofendendo, dessa maneira, o princípio da proteção ao trabalho.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu, acertadamente, que a terceirização de serviços não significa necessariamente a precarização do trabalho, tampouco violação à dignidade humana do trabalhador nem desrespeito a direitos previdenciários. Ou seja, uma hermenêutica voltada no sentido de um conceito de dignidade humana como direito à liberdade de escolha, tendo em vista a constatação de que o problema não é a liberdade de terceirizar os serviços de uma empresa, mas sim o eventual abuso da contratação. Situações particulares que devem sempre ser combatidas pelo Estado, mas sem reduzir a liberdade contratual. Isso porque, a terceirização das atividades-meio de uma empresa privada, bem como das atividades-fim, está diretamente amparada nos comandos contidos nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, garantindo aos empreendedores/empregadores, a total liberdade de formular estratégias de negócios, e principalmente buscar a maior eficiência econômica e competitividade, gerando empregos e valorizando a moeda nacional. Vejamos as palavras do Relator das ações, Ministro Gilmar Mendes, em seu voto condutor:

Para a compreensão do problema e seus reais consectários, impõe-se uma breve digressão, sem a pretensão de retorno aos modelos econômicos fundados, por exemplo, na escravidão e na servidão. Tradicionalmente, a atividade desenvolvida por agentes econômicos, que ora chamamos de empregadores, sempre foi centralizada, ou seja, as etapas produtivas transcorriam internamente, arcando as empresas não só com todos os custos operacionais e de infraestrutura, como também de gestão. Esse modelo de produção convencionou-se chamar fordismo. É nesse contexto que se assenta a pedra fundamental do Direito do Trabalho: a relação de emprego. E, enquanto perdura o império do modelo fordista, também as instituições clássicas do Direito Trabalho desenvolvem-se e consolidam-se. No entanto, o modelo de internalização das etapas produtivas passa a ceder espaço para um modo descentralizado, externalizado, de produção. Na verdade, os novos modos de produção são só mais um viés das revoluções culturais pelas quais temos passado com uma frequência assustadora. (ADI 5.685, DJe-208, p. 29)

O Relator enfatizou a evolução dos meios de produção, que progressivamente vêm modificando as relações de trabalho firmadas nas bases principiológicas do tradicional Direito Trabalhista. Isto é, cada vez mais as empresas vêm utilizando o sistema de terceirização para que seja dada maior eficácia nos serviços prestados, destacando que a maior empresa de transportes do mundo não possui nenhum carro sequer (*Uber*), assim como a maior empresa de hospedagem do mundo também não é proprietária dos apartamentos que aluga (*Air B & B*). Segundo ele, esses negócios estão firmados na ideia de uma economia colaborativa e na descentralização da atividade, por meio parceiros e terceirizados. O Ministro Relator também mencionou a *Era Lochner*, afirmando que a 14ª Emenda traz o mesmo conteúdo do princípio da livre iniciativa e da propriedade privada, no sentido de proibir o legislador de privar o livre uso da propriedade (negociação de trabalho). Ademais, o Relator afirmou que as reformas

trabalhistas que visam abrir espaço para terceirização apresentam índices positivos de geração de empregos. Vejamos:

- Alemanha: Taxa de desemprego antes da reforma: 9,8% – Taxa de desemprego depois da reforma: 5,7%
- Espanha: Taxa de desemprego antes da reforma: 23,3% – Taxa de desemprego depois da reforma: 17,8%
- França: Taxa de desemprego antes da reforma: 10,1% – Taxa de desemprego depois da reforma: 9,5%
- Itália: Taxa de desemprego antes da reforma: 11,5% – Taxa de desemprego depois da reforma: 11,1%
- Portugal: Taxa de desemprego antes da reforma: 16,8% – Taxa de desemprego depois da reforma: 9,8%". (Ives Gandra da Silva Martins Filho, *A Reforma Trabalhista no Brasil*, p. 13.) ([ADI 5.685](#), [DJe-208](#), p. 37).

O Ministro Relator afirmou também, baseado em estudos da Organização Internacional do Trabalho – OIT (*OIT, World Employment Social Outlook: Trends 2018*, p. 17) que, no ano de 2018, na América Latina, poderá ocorrer o número de 91 milhões de trabalhadores informais. Sendo que, no Brasil, o trabalho autônomo e sem carteira assinada superou o emprego formal, reduzindo a taxa de desemprego em razão do crescimento do trabalho informal e do desenvolvimento do comércio. Isso significa que, na realidade, a flexibilização das normas trabalhistas mostra-se inevitável, em razão de um movimento de globalização do fenômeno produtivo, fazendo com que empresas tenham etapas de sua produção espalhadas por todo o mundo, tais como a *Apple*, *Dell*, *Boeing* e *AirBus*, de maneira que a Constituição jamais previu um modelo específico da produção, devendo ser interpretada sempre a cláusula da liberdade de empreendedorismo. Segundo ele:

Não se trata aqui de fazer uma ode à informalidade e um requiem das garantias trabalhistas, muito pelo contrário. A flexibilização passa necessariamente por ajustes econômicos, políticos e jurídicos, que resultarão no aumento dos níveis de ocupação e do trabalho formal, que, por conseguinte, trará os desejáveis ganhos sociais. Portanto, é nessa balança entre o ideal – por vezes ideológico e utópico – e o real que o problema se coloca. Sem trabalho, não há falar-se em direito ou garantia trabalhista. Sem trabalho, a Constituição Social não passará de uma carta de intenções. (...) A rigor, o art. 7º da Constituição não tem vida própria, depende do seu suporte fático: o trabalho. Assim, a vedação à terceirização de etapas produtivas relacionadas à atividade-fim não passa de um controle artificial, e inócuo, do mercado e das relações trabalhistas. Impõe-se um ajuste jurídico no sentido da eliminação dessa barreira ao crescimento e ao desenvolvimento do mercado e do trabalho, medida que, em vez de enterrar o trabalho, certamente o fortalecerá. ([ADI 5.685](#); [DJe-208](#), p. 39)

Nesse sentido, o que se pretende não é formular uma tese contra os direitos trabalhistas, mas pelo contrário, demonstrar que a geração de empregos decorre de uma leitura liberal da constituição, de modo que o Estado não deve pretender usurpar o poder de decisão das corporações privadas. Assim, conforme mencionado no julgamento, a cultura paternalista que

vem sendo desenvolvida há muitas décadas no Brasil, apenas atrapalhou o desenvolvimento da sociedade. Interessante também reproduzir os ensinamentos de Roberto Campos, extraído do voto condutor:

A cultura que permeia o texto constitucional é nitidamente antiempresarial. Decretam-se as conquistas sociais que, nos países desenvolvidos, resultam de negociação concretas no mercado, refletindo o avanço da produtividade e o ritmo do crescimento econômico. A simples expressão conquista social implica uma relação adversária, e não complementar, entre a empresa e o trabalhador. Elencam-se 34 direitos para o trabalhador, e nenhum dever. Nem sequer o dever de trabalhar, pois é praticamente irrestrito o direito de greve, mesmo nos serviços públicos. Obviamente, ninguém teve coragem para incluir, entre os 'direitos fundamentais', o direito do empresário de administrar livremente sua empresa. (Roberto Campos, *A utopia social, A lanterna na popa*, v. II, p. 1205)

A ADI 5.685 (2017) pode ser considerada um marco na hermenêutica liberal do Supremo Tribunal Federal, em conjunto com vários outros casos que não iremos aqui mencionar os detalhes, em razão da complexidade, como o caso da ADPF 449 que declarou inconstitucional qualquer lei que impeça o livre exercício dos aplicativos de transportes; o caso da ADI 907 que declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que obrigava supermercados a contratar serviços de empacotador; a ADI 2.623 (2003) que declarou a inconstitucionalidade da proibição de plantar eucalipto no Espírito Santo, bem como muitos outros recentemente julgados que defendem a livre iniciativa. Logo, o que se pretendeu demonstrar nessa pesquisa, é justamente a importância de um método interpretativo que reconheça a liberdade econômica, no sentido de liberdade individual, como postulado da supremacia da constituição, herdada do paradigma do constitucionalismo liberal desenvolvido após as revoluções burguesas. Sendo que, com o cumprimento destes preceitos tradicionais do constitucionalismo, materializar/concretizar a dignidade humana, produzindo mais riquezas, com geração de emprego, renda e valorização da moeda nacional.

Considerações finais

Após essa breve exposição dos pilares teóricos e práticos do constitucionalismo liberal norte-americano, observando os principais fatores históricos que provocaram a independência das antigas colônias, bem como a formação dos Estados Unidos da América, podemos seguramente formular uma teoria constitucional fundamentada na liberdade individual e propriedade privada, que pode servir de base não apenas para uma hermenêutica da constituição brasileira nos dias atuais, mas também servir de base para uma reforma constitucional a ser promovida no Brasil em tempos vindouros. Isso porque, uma doutrina constitucional que supervaloriza a liberdade econômica, entendida como liberdade de contratação em todos os ramos da atividade produtiva, é fundamental para a concretização dos princípios constitucionais do desenvolvimento econômico atrelado ao princípio da dignidade humana.

Verificamos, portanto, nessa pesquisa, que para uma correta interpretação da norma constitucional, mostra-se necessário extrair não apenas das palavras contidas no texto, qual a

conduta o Constituinte quis prescrever aos cidadãos, mas também formular uma compreensão da norma a partir de um parâmetro histórico do movimento constitucionalista. Essa busca por um padrão objetivo a ser extraído das tradições, representa dois tópicos importantes no estudo do Direito: primeiramente uma forma mais conservadora de hermenêutica constitucional, isto é, um método interpretativo que valoriza a tradição histórica dos grandes movimentos revolucionários, especialmente a Revolução Americana, levando em conta as reivindicações de liberdade econômica que os antigos colonos exigiam, podendo também levar em consideração as revoluções ocorridas na Inglaterra no século anterior (1642; 1689); em segundo lugar, uma metodologia de caráter liberal, ou seja, levando em consideração a superioridade hierárquica dos princípios da liberdade individual (Art. 1º inciso IV, Art. 5º inciso II) e da propriedade privada (Art. 5º *caput*, inciso XXII; Art. 170, inciso II) em relação aos demais princípios constitucionais. Isso porque, tradicionalmente, a luta pelo constitucionalismo é marcada justamente pela constante busca por limitação do poder do Estado em face dos cidadãos, individualmente, e não coletivamente.

Nesse sentido, qual a norma fundamental está contida na doutrina constitucionalista? São normas criadoras de privilégios e poderes para determinadas classes sociais, ou são limitações ao poder soberano e aos detentores do poder econômico e político? Tais perguntas são facilmente respondidas através da história do movimento constitucionalista, que demonstra justamente a luta pela liberdade individual, em clara oposição aos privilégios de classes dominantes. Portanto, observa-se um imenso progresso da dignidade humana com o advento do constitucionalismo baseado na filosofia liberal norte americana, herdada dos pensadores do século XVII e XVIII, de que o Estado é na verdade uma abstração decorrente de um contrato entre pessoas livres, e não uma propriedade dos monarcas e nobres detentores de terras. Tanto é que após a Revolução Gloriosa de 1689, e consolidando a possibilidade de acúmulo de capital através da positivação do direito fundamental à propriedade privada, na *Bill of Rights* de 1689, os ingleses conseguiram promover a revolução industrial, provocando o desenvolvimento de uma economia muito mais produtiva, fortalecida pela garantia de uma limitação do Estado em intervenções na esfera privada dos cidadãos, especialmente em negociações comerciais. Portanto, observa-se um imenso progresso da dignidade humana com o advento do *constitucionalismo liberal* do século XIX, e que vem sendo bastante negligenciado e relativizado desde a virada do paradigma do Estado Liberal para o paradigma do Estado Social.

Nesse sentido, verificamos ao longo deste trabalho que, primeiramente, os norte-americanos tiveram muita influência do pensamento liberal de John Locke, absorvendo a ideia de que o Estado é, na sua essência, um mal necessário que serve apenas para garantir a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos. Por isso, não aceitaram as leis abusivas de intervenção estatal na economia, bem como do aumento desproporcional de impostos, promulgadas pelo Parlamento Inglês. Sendo que, considerando que naquele período ainda não havia a possibilidade de um controle de constitucionalidade dos atos estatais, a única forma de retirar a validade jurídica desses atos jurídicos legislativos, era por meio de revolta e da independência, exatamente nos termos propostos por Locke.

Posteriormente à promulgação da constituição, após muito debate, os norte-americanos criaram um novo sistema constitucional para a época. Um constitucionalismo liberal republicano, federalista, e, especialmente, com uma forte aplicação do *princípio da separação de poderes* formulado por Montesquieu. Ademais, desenvolveram, de forma definitiva, o controle de constitucionalidade difuso, realizado pelo poder judiciário (caso *Marbury vs Madison* - 1803), onde se consolidou, historicamente, o princípio da *supremacia da constituição*. Assim, tivemos início a doutrina do “legislador negativo”, em que um órgão específico de cúpula do judiciário (a Suprema Corte) passou a ter poderes para anular até mesmo atos legislativos que sejam contrários à constituição. Principalmente influenciada pelo histórico de repúdio às legislações abusivas do Parlamento Britânico. Logo, no decorrer de todo o século XIX, a hermenêutica constitucional norte-americana era fortemente atrelada à ideia de defesa firme da liberdade de contratação, consolidando o sistema de livre mercado (capitalismo), e principalmente o clássico princípio da obrigatoriedade contratual (*pacta sunt servanda*), como vimos no caso *Fletcher vs Peck* (1810).

No caso *Dartmouth College vs Woodward* (1819), além de verificarmos a força normativa dos contratos (base do liberalismo econômico), vimos também o princípio da propriedade privada, repudiando atos de estatização de empresas públicas. Vimos também, o fim da odiosa escravidão com a Emenda Constitucional nº 13 de 1865, após a guerra civil, e também a Emenda Constitucional nº 14 de 1868, que reforçou a 5ª Emenda no sentido da defesa da propriedade privada. Assim, tivemos início o período conhecido como *A Era Dourada*, nos Estados Unidos, bem como a *Era Vitoriana* na Inglaterra, e a *Belle Époque* na França, período marcado por um enorme crescimento econômico e populacional. No entanto, devido aos problemas sociais decorrentes do crescimento exagerado das cidades, bem como da industrialização em grande escala e movimentos operários, greves, teses socialistas etc., os princípios constitucionais da liberdade econômica começaram a ser relativizados, reduzindo sua força normativa ao longo do período que marcou a virada do século. Começando pela *Lei Sherman* de 1890, e as leis trabalhistas do Distrito e Columbia e do Estado de Nova Iorque, influenciando os julgamentos de casos julgados na Suprema Corte (*Swift & Co. v. Estados Unidos*).

Por fim, analisamos a *Era Lochner* e sua queda, que foi marcada justamente pela virada do paradigma do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social. Essa mudança ocorreu exatamente alguns anos antes da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), e por incrível que pareça, um dos casos que marcou o fim da *Era Lochner* foi julgado justamente no ano de 1934 (caso *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*), ano em que, no Brasil foi promulgada a Constituição de 1934, altamente populista, e que marcou “o fim” do constitucionalismo liberal brasileiro. Carta conhecida como “A Constituição dos direitos sociais”. Ademais, no ano de 1937, tivemos outra constituição no Brasil, e no mesmo ano, a Suprema Corte julgou o caso *West Coast Hotel v. Parrish*. Esse período de mudanças no pensamento constitucional também foi marcado pela ascensão do socialismo estalinista na Rússia, pelo Nacional Socialismo na Alemanha (Nazismo), e pelo fascismo na Itália, todos de cunho socialista/coletivista, de maneira que podemos também relacionar a mudança de mentalidade constitucional com a ascensão dos referidos regimes, que são baseados no controle estatal dos meios de produção, como Hayek já dizia.

Nesse sentido, pretende-se que os tribunais constitucionais venham reestabelecer o uso do paradigma liberal como método interpretativo da constituição, reconhecendo a liberdade econômica como garantia fundamental de um Estado Democrático, porém não no sentido de um argumento de “análise econômica do direito”, mas do cumprimento efetivo da liberdade individual e da propriedade privada como postulados básicos da supremacia da constituição. Desse modo, o modelo interpretativo herdado do paradigma do constitucionalismo liberal, desenvolvido após as revoluções burguesas, se mostra como o método mais eficaz na concretização do princípio da dignidade humana, haja vista que produz mais riquezas, com geração de emprego, renda, consumo e valorização da moeda nacional.

Referências

- ALMOND, Mark. **O livro de ouro das revoluções**. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.
- AARSLEFF, Hanks. **Locke**. In: CHAPPEL, Vere. São Paulo: Ideias & Letras, 2016.
- BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro, Forense Universitária: 1987.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BÖHM-BAWERK, Eugen Von. **A Teoria da Exploração do Socialismo-Comunismo**. São Paulo: LVM, 2010.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em: 1 jan 2021.
- CARVALHOSA, Modesto. **Uma nova constituição para o Brasil: de um país de privilégio para uma nação de oportunidades**. São Paulo: LVM, 2021.
- CONSTANTINO, Rodrigo. **Os pensadores da liberdade**. São Paulo: Faro Editorial, 2021.
- CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada a dos modernos**. São Paulo: Edipro, 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.
- EMERSON, Ralph Waldo. **A conduta para a vida**. Editora Martin Claret. São Paulo, 2003.
- ESTADOS UNIDOS. **Marbury vs Madison**, 1803. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>. Acesso em: 1 jan 2021.
- GOMES, Frederico Barbosa. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: uma visão crítica. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2008.
- LEONI, Bruno. **Liberdade e a lei**. São Paulo: Editora L.V.M, 2010.
- LEVY, Leonard William. **Origins of the bill of rights**. Yale: Univ. Yale Press, 2001.
- HAMILTON, Alexander. **Os artigos federalistas**. São Paulo: Faro Editorial, 2021.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.
- HUERTA DE SOTO, Jesus. **A Escola Austríaca**: mercado e criatividade empresarial. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Dicionário dos filósofos**. In: HUISMAN, Denis. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

- JENKINS, Simon. **A short history of England**. London: Profile Books, 2018.
- KAIRYS, David. **With liberty and justice for some**. Londres: The New Press, 1993.
- LEONI, Bruno. **Liberdade e a Lei: os limites entre a representação e o poder**. São Paulo: Editora Instituto Liberal; Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. de A. G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAYER, David N. **Liberty of Contract: rediscovering a lost constitutional right**. Washington: Cato Institute, 2011.
- MENGER, Carl. **Princípios de economia política**. São Paulo: Lebooks, 2017.
- MENGER, Carl. **Principles of Economics**. São Paulo: LVM, 2011.
- MIDDLEKAUFF, Robert. **The Glorious Cause: The American Revolution, 1763-1789**. New York: Oxford University Press, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles. **Louis de Secondat**. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- NOWAK, John E; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. Saint Paul: West Group, 2004.
- ORTH, John. **Due process of law: a brief history**. Lawrence: Univ. of Kansas Press, 2003.
- PAIM, Paulo. **Evolução Histórica do Liberalismo**. São Paulo: LVM, 2019.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Ed. UNB, 2008.
- PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Editora Conceito, Santa Catarina, 2008.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: De Espinoza a Kant**. São Paulo: Paulus, 2004.
- ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty – A Ética da Liberdade**. São Paulo: Editora Instituto, 2010.
- ROTHBARD, Murray N. **Por uma nova liberdade o manifesto libertário**. Editora L. V. M. São Paulo, 2013.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución (VerfassungsLehre)**. Madrid: Alanza Editorial, 1982.
- SCHNEEWIND, J. B. **Locke**. In: CHAPPEL, Vere. São Paulo: Ideias & Letras, 2016.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.
- SORREL, Tom (org.). **Hobbes**. São Paulo: Ideias & Letras, 2016.
- STRONG, Frank R. **Substantive due process of law**. Durham: Carolina Academic Press, 1986.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. São Paulo: Edipro, 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis. O Antigo Regime e a Revolução. Trad. de Yvonne Jean. 4ª ed. Brasília: UNB, 1997.

VON MISES, Ludwig. **Uma Crítica ao Intervencionismo**. São Paulo: Instituto, 2010.

WOOD, Gordon S. **A Revolução Americana** (The American Revolution: A History). Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

RECEBIDO: 09 DE NOVEMBRO 2021

APROVADO: 14 DE NOVEMBRO 2021