

# A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL DO COMMON LAW. NOTAS INTRODUTÓRIAS E CONTRIBUIÇÃO HISTÓRICA À COMPREENSÃO DA DOUTRINA DO PRECEDENTE.

*The Common Law's Constitutional Tradition. Introductory Remarks and Historiographic Contributions to the Understanding of the Stare Decisis' Doctrine.*

**Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

Centro Universitário de Brasília-CEUB, Brasília, Distrito Federal,  
Brasil.

**Juliana Daher Delfino Tesolin**

Faculdade Mackenzie de Brasília- Brasília, Distrito Federal,  
Brasil.

## Informações do artigo

Recebido em 30/06/2022

Aceito em 27/09/2022

DOI:

<https://doi.org/10.25247/2764-8907.2023.v2n1.p1-35>



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons  
Atribuição 3.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/).

## Como ser citado (modelo ABNT)

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; TESOLIN, Juliana Daher Delfino. A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL DO COMMON LAW. NOTAS INTRODUTÓRIAS E CONTRIBUIÇÃO HISTÓRICA À COMPREENSÃO DA DOUTRINA DO PRECEDENTE. *Direito, Processo e Cidadania*. Recife, v. 2, n.1, p. 1-35, jan./abr. 2023. DOI:<https://doi.org/10.25247/2764-8907.2023.v2n1.p1-35>

## Editor responsável

Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

## Resumo

O ensaio trata da formação da tradição constitucional que marca a experiência normativa da Inglaterra. Não há uma constituição escrita, com fórmulas rígidas de alteração, a exemplo do que ocorre na tradição constitucional continental. O ensaio apresenta um esboço histórico dessa tradição, inclusive com observações em torno do legado direto dos costumes constitucionais ingleses, isto é, a tradição constitucional norte-americana.

**Palavras-Chave:** Direito Constitucional. História Constitucional. Direito Inglês. Direito Norte-Americano.

## Abstract

The paper presents the English Constitutional background. In England there is no written Constitution, with rigid formulas for amendment, as elsewhere in Europe. The paper presents a historical outline of this tradition, including remarks about the direct legacy of England's constitutional history, that is, the North-American constitutional tradition.

**Keywords:** Constitutional Law. Constitutional History. English Law. American Law.

## 1 OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

A experiência constitucional brasileira vem refletindo arranjos institucionais de outras experiências políticas e jurídicas, que objetivamente variam de acordo com níveis históricos de influência. Constatou-se alguma autoridade do constitucionalismo francês e

espanhol nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte em 1824. O período republicano iniciou-se com fortíssima influência do constitucionalismo norte-americano, especialmente no contexto da obra e da preponderância de Rui Barbosa no ambiente político da época. Nossos arranjos centrais (presidencialismo, federalismo, separação de poderes) são de origem norte-americana.

Mais tarde, o texto de 1934 refletiu um constitucionalismo de feição social, como resultado direto da influência de Boris Mirkine-Guetzévitch<sup>1</sup> em relação aos membros da Comissão do Itamaraty. A Constituição de 1937, de feição autoritária, enfatizou a hipertrofia do executivo federal, o que também não deixou de revelar os perigos e ameaças que decorrem da tensão entre concepções teóricas importadas e seu respectivo ajuste na realidade institucional brasileira. A retomada do liberalismo em 1946 fixou uma orientação que pretendia acomodar fórmulas europeias com fórmulas norte-americanas. Presentemente, constata-se fortíssima influência do constitucionalismo alemão, no contexto da dogmática dos direitos fundamentais, de acordo com a jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal.

No entanto, o que se verifica, com mais intensidade, especialmente após a promulgação do Código de Processo Civil vigente, é a influência do constitucionalismo do *common law*, em virtude da adoção, por parte de nosso direito, da doutrina do precedente. A transposição desse sofisticado modelo, que é inerente ao *common law*, onde radica, e onde se desenvolveu, sugere, de algum modo, que operadores jurídicos brasileiros alcancem alguma familiaridade com a tradição constitucional da Inglaterra e dos Estados Unidos.

Com o objetivo de oferecer subsídios históricos para a reflexão em torno dessa perspectiva histórica do constitucionalismo, o presente ensaio pretende apresentar as linhas gerais que informam esses dois modelos.

## 2 OS COSTUMES CONSTITUCIONAIS INGLESES

Os ingleses não possuem constituição escrita. O direito constitucional inglês vincula-se historicamente ao desenvolvimento de tradições normativas na Inglaterra, no

---

<sup>1</sup> Boris Mirkine-Guetzévitch (1892-1955) jurista russo que viveu na França é autor de *As Novas Tendências do Direito Constitucional*, publicado no Brasil em 1933, pela Companhia Editora Nacional, com tradução de Cândido Motta Filho e prefácio de Vicente Ráo.

País de Gales e na Irlanda do Norte. É o direito constitucional da Grã-Bretanha, excluindo-se, naturalmente, a Escócia, em cujo território viceja direito de formatação romanística. Aspectos da tradição constitucional e política inglesa foram transportados para outros ambientes jurídicos, a exemplo do que se deu na formação do direito norte-americano, no desenvolvimento do direito australiano e na influência de vários outros sistemas, a propósito do que aconteceu na Índia, no Paquistão, e em vários países da África, na dimensão cultural que marcou o neocolonialismo britânico do século XIX. Importante que se frise, de início, que os norte-americanos, ao obterem a independência, não fizeram muito para rejeitarem a constituição inglesa, ou pelo menos nem tanto quanto lutaram para afirmarem o próprio texto constitucional.

Insiste-se na igualdade estrutural entre modelos constitucionais ingleses estamentais da Idade Média e modernas concepções de constituições representativas. É axioma desse pensamento a hipervalorização da Magna Carta, documento de 1215, que a historiografia jurídica tradicional fixou como ícone. O referido documento tornou-se paradigma da resistência popular contra o poder absolutista, lugar comum e retórico de pouca sustentabilidade historiográfica, tomando-se essa última com as cautelas epistemológicas que o manejo da história exige, especialmente quando se trata de história do direito. Pode-se argumentar também que as estruturas constitucionais inglesas medievais e modernas são totalmente diferentes, não se percebendo entre elas relação de continuidade; nesse sentido, por exemplo, a Magna Carta seria documento feudal, do baixo medievo, cujo valor histórico deveria se confinar ao momento de sua articulação. À Magna Carta deve se reputar, tão somente, as representações simbólicas a ela aderidas.

Em linhas gerais, o constitucionalismo inglês presenciou o triunfo do Parlamento e a transição de Estado estamental para Estado democrático e liberal. Usando-se tipo ideal weberiano, poderia se falar de autoridade que se sedimentou na tradição; trata-se de constituição formada na historicidade e não na revolução, não obstante os movimentos do século XVII, ligados às revoluções puritana e gloriosa. A história constitucional inglesa apresenta sujeitos que matizam conflito entre o Rei e o Parlamento; aquele que se vê na prerrogativa da expressão jurídica, este último pretende a supremacia. Entre eles, barganhando apoio, magistrados que defendiam o primado do *common law*, e que se aliaram às forças do legislativo.

O entorno constitucional inglês fomentou o direito centrado no processo. Primeiro questiona-se o remédio aplicável, a ação a ser ajuizada, e em seguida aponta-se o direito substancial. *Remedies precede rights*, os remédios precedem os direitos. Formou-se estrutura judicial dualista que persiste até a contemporaneidade. O Rei tomou na baixa idade média a competência jurisdicional dos senhores feudais impondo ao reino uma justiça comum (*common law*) administrada a partir da Corte de Westminster. O formalismo e as limitações desse modelo suscitaram pedidos diretamente dirigidos à chancelaria do Rei, nascendo a *equity*. O exercício da advocacia também conhece cisão conceitual, embora por outros motivos. O *barrister* ou o *counsel* é o advogado que atua em juízo. O *solicitor* é o profissional que atua junto ao cliente. Os advogados ingleses pulverizam-se nos quatro clubes de advogados que há no país, e que regulamentam a profissão, os chamados *Inns of Courts*. Não há na Inglaterra o ministério público tal como o conhecemos em vários outros direitos do mundo.

O desenvolvimento do constitucionalismo inglês radica nos movimentos liberais daquele país, que graduaram a primeira manifestação contra o Antigo Regime, a primeira revolução burguesa na Europa. O absolutismo realizou-se com toda força nos reinados de Henrique VIII (o Rei das seis esposas) e de sua filha Elisabeth I (a Rainha Virgem), que nos séculos XVI e XVII unificaram o país, montaram a Igreja Nacional Inglesa, romperam com a autoridade papal e formaram um Estado moderno no qual a personalidade jurídica do Rei deixou de ser complexo de direitos feudais e passou a ser centro de poderes estatais.

À época da dinastia Tudor ganharam força três teses jurídicas, relativas ao modelo constitucional que se formava no reino inglês. Edward Coke defendia a supremacia do *common law*, pelejando por direito tradicional e contrário à tradição racional que vai se desenhar no continente. Houve também uma tese absolutista, centrada em Thomas Hobbes, para quem a monarquia era o poder supremo em relação a todos os súditos; só o Rei tornaria possível uma sociedade civil, pois o povo seria multidão acéfala e incapaz de criar. Havia também tese de apoio ao parlamentarismo, centrada na defesa de direito tradicional, imputado ao Parlamento, que baseava suas pretensões em antigos costumes e privilégios. A morte de Elisabeth I em 1603 acirrou a disputa entre essas três tendências. Havia setores contrários ao Estado absolutista, a exemplo da burguesia mercantil, de uma nobreza progressista rural (*gentry*) e de camada expressiva de camponeses posseiros (*yeomen*).

Jaime I, da Escócia, reinou na Inglaterra após a morte de Elizabeth I, dando início à dinastia Stuart. Reforçou-se o catolicismo que havia dentro do anglicanismo. É que do ponto de vista teológico as divergências do luteranismo e do calvinismo são maiores do que as do anglicanismo, em relação ao catolicismo romano. A circunstância pode traduzir o sentido político que fora mais marcante na reforma inglesa; embora, bem entendido, o luteranismo e o calvinismo não se limitassem a problemas de consubstanciação, de transubstanciação, de salvação pela fé e pela predestinação, especialmente em sua leitura e em seu entendimento weberiano.

Em 1628 a Petição de Direitos marcou a primeira restrição estatutária imposta aos monarcas ingleses desde o tempo dos Tudor. O Parlamento identificou-se com o puritanismo, versão radical do calvinismo em solo inglês. Em 1648 a Revolução Puritana marcou o embate entre a burguesia e a realeza, pelo controle político do país, com vitória daquela primeira. Derrubou-se o Rei Carlos I, decapitado em 1649, ato simbólico e muito expressivo, que qualifica a desmistificação do absolutismo.

Triunfou o regime republicano que se substancializou no protetorado de Oliver Cromwell. Em 1651 outorgou-se o *Ato de Navegação*, que determinou que as mercadorias somente poderiam ser desembarcadas em portos ingleses se fossem por navios ingleses ou dos países de origem dessas mercadorias. Impulsionou-se a indústria naval britânica, que se destacava no domínio dos mares, no prenúncio do império colonial que se formava, sob o qual o sol jamais se punha, como rezava o adágio da época. Cromwell não conseguiu se fazer sucedido por seu filho Ricardo, por fraqueza e temeridade deste último. Além disso, ao que consta, Ricardo Cromwell era um celerado.

Os Stuart retornaram ao poder e os ingleses conheceram o período da *Restauração*. Cromwell teria sido desenterrado e seu corpo pendurado numa forca. O poeta John Milton, quase ou já cego, foi julgado e condenado. Autor do eterno *Paraíso Perdido*, Milton notabilizou-se por ter escrito um dos mais impressionantes libelos em favor da liberdade de expressão, o *Areopagítica- Discurso pela Liberdade de Imprensa na Inglaterra*. O texto foi redigido logo após Milton ter sido abandonado pela primeira esposa, de quem queria o divórcio, e cujo texto que preparou em favor da separação não recebera o *nihil obstat* das autoridades e da censura na Inglaterra. Milton era ferrenho defensor da liberdade de imprensa.

Ao término da era da Restauração aprovou-se o *Habeas Corpus Act*, que determinava que não se podia prender sem mandado judicial, que o acusado deveria ser apresentado aos tribunais em 30 dias, que o réu não poderia ser enviado para prisão localizada fora do território do Reino. Proibia-se também que o acusado fosse julgado duas vezes pelo mesmo crime, a *double jeopardy*, como o instituto será conhecido pelo direito norte-americano e subseqüentemente aplicado em vários modelos constitucionais do mundo. O Parlamento, no entanto, é desde então a marca mais característica do arquétipo constitucional inglês, especialmente como organizado ao longo do século XVII.

A essa época formam-se os partidos políticos ingleses. Os *tories* eram em sua maioria proprietários rurais, desenvolviam ideário conservador, eram ligados aos anglicanos, defendiam Coroa forte e ainda recorriam à doutrina do direito divino dos reis. Os *whigs* eram liberais, vinculavam-se a descendentes dos que haviam lutado ao lado de Cromwell. Eram puritanos e tolerantes em matéria de religião (apenas com os demais protestantes, bem explicado). Sustentavam doutrinas de contrato social. Grupos minoritários, porém de radicalismo agressivo, ficaram em segundo plano. Os *seekers* e os *ranterers* perfilavam o ceticismo. Os *levellers*, os *diggers* e os *pentamonarquistas* protestavam por reformas políticas e econômicas que atendessem as camadas mais populares que eles representavam. Os *batistas* e os *quakers*, cujas lutas partiam de premissas religiosas, formavam ao lado dos outros grupos o exército dos agitadores da época. Em 1689 a Revolução Gloriosa testemunhou o triunfo do parlamentarismo. Jaime II fez um acordo, deixando o trono vago, fugindo para a França. Guilherme de Orange, casado com Maria, filha de Jaime II, começou a exercer reinado marcado por governo parlamentar com bases oligárquicas, com assentamento em princípios liberais, calcados na *Declaração de Direitos* de 1689. Em 1694 fundou-se o Banco da Inglaterra. Bem mais tarde, em 1832, reformas eleitorais deram fim ao sistema eleitoral que lembrava o modelo medieval. De 1850 a 1875 conheceu-se a supremacia inglesa no mundo. Ao longo da Era Vitoriana o capitalismo inglês fez-se dominante, embora nos subúrbios de Londres tivesse-se a opção de se morrer de fome de uma vez, ou lentamente, nos termos da advertência de Charles Dickens. O capitalismo inglês alterou costumes, mapas e alianças políticas; é a *Idade do Império*, na célebre construção de Eric Hobsbawn. Adotou-se o roteiro político de John Locke, síntese do contratualismo iluminista, para quem a constituição do legislativo é o primeiro e fundamental ato da sociedade. Médico, atento observador da sociedade e da política de seu

tempo, Locke indica-nos o direito natural como chave para o entendimento da coerência de seu pensamento. A partir de Locke fundamenta-se constituição flexível, marcada pelo liberalismo que se desenvolveu na Inglaterra, que imputa ao Estado a obrigação prioritária de garantir a propriedade privada.

Ao pensamento de Locke acrescentam-se contribuições posteriores de Adam Smith, de Thomas Malthus, de David Ricardo, de John Stuart Mill, do darwinismo social de Herbert Spencer, do utilitarismo de Jeremiah Bentham e do próprio positivismo jurídico de John Austin. O constitucionalismo inglês centra-se na expressão dos direitos individuais de modo negativo, isto é, não há texto explícito que os sustentem. Porém, todos os textos e julgados não os proíbem. As normas de direitos individuais não são fontes, são consequências dos direitos.

Trata-se de constituição que o costume projetou adesão à autoridade do direito, o *rule of law*. Paradoxalmente, é a constituição abstrata que plasma a supremacia do direito ordinário, como revelado no *common law* e na *statute law*. A separação de poderes que Montesquieu teria elogiado entre os ingleses não parece muito concreta do ponto de vista mais pragmático. O Parlamento consiste efetivamente na convergência das forças políticas do Rei, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns. O governo, centrado no Primeiro-Ministro, é responsável perante o Parlamento e somente permanece no poder enquanto detenha apoio e confiança desse. O que se entende por *Estado* no direito constitucional continental europeu pode-se indicar por *Coroa* no modelo inglês.

De acordo com secular princípio indicativo da *neutralidade da Coroa* tem-se a ordem dinástica acima das alterações políticas e constitucionais, bem como das variações de opinião, não obstante a fúria dos folhetins maldosos, que vasculham as intimidades dos ocupantes do Castelo de Windsor. Decorre daí vetusta ideia referente à *irresponsabilidade do Rei*, justificativa do provérbio *the King can do no wrong*, recorrente nos manuais de direito administrativo, em momento que antecede ao estudo da responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus prepostos, em planisférios objetivos e subjetivos. Se os tribunais são do Rei, não se pode falar em ações contra o Rei. O que se tem, são súplicas, que a legislação da década de 1970 apressou em organizar, formalizando as queixas contra gravames causados pelo Estado. O Rei é o *parens patriae*, o pai dos órfãos e abandonados. O Rei é o espelho das famílias, e deve ordenar sua vida pessoal nesse sentido.

O Gabinete tem como missão fundamental a direção política do país. Os ministros são nomeados e destituídos pelo Rei, de acordo com a proposta do Primeiro-Ministro; de tal modo, o Rei nomeia, ele não escolhe. E mais amplamente ainda, ele reina, não governa. No modelo inglês não há distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias. E assim não existe, conseqüentemente, controle de constitucionalidade, como cogitado em outras tradições jurídicas, marcadas por modelos de controle difusos e concentrados. No exemplo de célebre autor, aqui tantas vezes citado, o Parlamento pode mudar a religião do Estado, regular a sucessão do trono, limitar os poderes do Rei, entre outras competências. O Gabinete identifica o chamado *governo responsável*, talvez a mais peculiar contribuição da constituição britânica à ciência política. Na Câmara dos Lordes há os *pares espirituais*, arcebispos e bispos. Há os *pares temporais*, duques, marqueses, condes, viscondes e barões. Na Câmara dos Comuns os representantes são eleitos por sufrágio universal. Excluem-se funcionários ou aqueles que mantenham relações contratuais com a Coroa. Há um *speaker*, que exerce função de liderança, atuando como porta-voz da Casa. Há vários comitês, que apreciam matérias financeiras, orçamentárias, bem como revisão de legislação ordinária. Na Câmara dos Lordes a maioria, historicamente, é do partido conservador.

As fontes do direito constitucional inglês, a margem dos costumes e dos referenciais históricos aqui alavancados, são a *Petição de Direitos (1628)*, a *Declaração de Direitos (1689)*, o *Ato de União, com a Escócia (1707)* e *com a Irlanda (1800)*, além do *Estatuto de Westminster (1931)*.

### 3 O DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

A constituição norte-americana conta com 4.400 palavras. Promulgada em 17 de setembro de 1787 é a mais antiga constituição escrita em vigência no mundo. Em 1791 foram ratificadas dez emendas, o *Bill of Rights*, ou a *Declaração de Direitos*. Desde 1789 mais de 10.000 emendas foram propostas; apenas 27 foram aprovadas. Trata-se de texto constitucional que rege o povo historicamente dado à liça jurídica.

O texto constitucional norte-americano é sintético e esse laconismo pode ser uma das causas de sua durabilidade. Há preâmbulo que indica cláusula justificativa de poder constituinte, centrada na ideia de *povo*, expressão que no século XVIII e para os fins que foi utilizada no pórtico da constituição dos Estados Unidos tinha sentido diverso do alcance

semântico com o qual a expressão presentemente acena. Trata-se de um *pacto*, de um *covenant*, na expressão do direito norte-americano, que se reporta aos *pactos bíblicos* do Antigo Testamento, de amplo conhecimento entre os calvinistas que participaram da redação do texto constitucional. Indica-se que o objetivo da constituição consiste na formação de uma *união* perfeita, na consecução da justiça, da tranquilidade doméstica, da defesa comum, do bem estar geral e da garantia das bênçãos da liberdade.

Tem-se a impressão de que o documento constitucional norte-americano justifica-se como implemento de direitos abstratamente conquistados ao longo do processo revolucionário. Esse processo materializou-se a partir de 1763, ano que marcou o fim da Guerra dos Sete Anos, travada entre a Inglaterra e a França. Embora vencedora, a Inglaterra precisava desesperadamente de recursos, inclusive para liquidar os débitos que havia assumido ao longo do conflito. Articulou-se ampliação nas imposições tributárias junto às colônias da América do Norte, taxando-se o comércio interno e externo, utilizando-se da técnica do selo para se apreender relações de consumo. A reação fez-se a partir de mote que dava conta de que *não pode haver tributação sem representação*, excerto recorrente no direito tributário de feição liberal.

A reação norte-americana fez-se a fundamentalmente a partir da declaração de independência, em 4 de julho de 1776, e subsequentemente por guerra ao longo da qual os norte-americanos contaram com o apoio francês, por razões ideológicas, dado o antiabsolutismo e também por inegável concepção de vingança, por conta da derrota francesa no conflito dos sete anos. Derrotados no campo de batalha, os ingleses foram forçados a aceitar a nova situação; o rei Jorge III recebeu John Adams em Londres como o primeiro diplomata norte-americano na Corte de Saint James. As origens ideológicas da revolução norte-americana confundiam-se com os documentos revolucionários ingleses do século XVII. Segue uma síntese do texto constitucional norte-americano.

O artigo I dá os contornos do poder legislativo. Trata-se de um poder bicameral, plasmado no Congresso, e fracionado no Senado e na Casa dos Representantes. Esta última possui representantes das populações estaduais. O mandato é de dois anos. A idade mínima que se exige do parlamentar é de 25 anos. Determina-se que pelo menos sete anos tenham sido vividos nos Estados Unidos. O Senado é composto por dois representantes por estado da federação. O mandato do senador é de seis anos. São divididos em três classes, e assim os mandatos se renovam a cada dois anos. A idade mínima exigida do senador é de 30 anos,

bem como se exigem nove anos de exercício e gozo de cidadania norte-americana. O vice-presidente da República preside o Senado. Ele não detém poder de voto, embora tenha voz de desempate.

*Impeachment* é matéria de competência do Senado. É lei estadual que qualifica e regulamenta as eleições gerais nos estados, inclusive para deputados e senadores. Procedimentos internos são regulamentados pelo Congresso. Também é competência do Congresso matéria que afeta a salários, privilégios e imunidades dos congressistas. O processo legislativo é concebido pela constituição dos Estados Unidos, fixando-se competência do Congresso em matéria tributária, orçamentária, naturalização, falências, moeda falsa, correios e telégrafos, tribunais inferiores à Suprema Corte, pirataria, guerra, exército, marinha, entre outros assuntos. Há vedação expressa de confecção de leis retroativas (*ex post facto laws*) e de leis de exceção (*bill of attainder*). Há cerca de 535 membros no Congresso norte-americano, que conta com cerca de 20.000 funcionários. Voltando-se ao texto constitucional norte-americano, proíbe-se a outorga de títulos de nobreza. Veda-se também que servidor público norte-americano receba sem autorização do Congresso qualquer emolumento, título, cargo ou prebenda de governo de outro país.

O poder executivo é objeto de regulamentação por parte do art. II da constituição norte-americana. O mandato do presidente e de seu vice é de quatro anos. As eleições decorrem da escolha de colégios eleitorais estaduais, com número igual ao de deputados e senadores dos respectivos estados; o vencedor leva todos os votos no estado, inclusive os votos do vencido. Exige-se do presidente e de seu vice que tenham nacionalidade originária e idade mínima de 35 anos. Ao Congresso cabe especificação de regras sucessórias. Há previsão de juramento, inclusive com indicação das palavras sacramentais, nomeadamente: *I do solemnly swear that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will do the best of my ability to preserve, protect and defend the Constitution of the United States*. O presidente norte-americano deve discursar anualmente prestando contas de seu governo.

As eleições presidenciais propiciam circunstâncias inusitadas e incompreensíveis ao observador externo. E como é estadual a legislação referente ao modelo eleitoral, fatos inesperados ocorrem, a exemplo de candidaturas independentes e relativamente bem sucedidas, a propósito de Eugene McCarthy em 1976, de John Anderson em 1980, de David Bergland em 1984, de Ron Paul em 1988 e de Ross Perot em 1992. Estes candidatos

desafiaram o antagonismo clássico que há entre democratas e republicanos, dicotomia que caracteriza a vida política norte-americana, no legislativo, no executivo e também no judiciário, dado que os hierarcas deste último são apontados pelo chefe do executivo com posterior concordância do legislativo. A vitória de George W. Bush sobre Al Gore em 2000 é o mais acabado exemplo de ativismo judicial em prol do partidarismo político.

O partido democrata remonta a Thomas Jefferson. O primeiro presidente eleito por esse partido foi Andrew Jackson. Forte no sul do país o partido democrata perdeu poder com a guerra civil e com a abolição da escravidão, cujo mentor foi Abraham Lincoln do partido republicano. Entre 1861 e 1885 o partido não conseguiu eleger presidente da república, fazendo-o somente com Grover Cleveland. Woodrow Wilson era do partido democrata e presidiu o país durante a primeira guerra mundial. A partir de Franklyn Delano Roosevelt o partido democrata aproxima-se de ideário mais popular, fomentando o *New Deal*, plataforma de recuperação econômica nacional que sucedeu a grande depressão, no fim da década de 1920, inspirado nos programas de reabilitação econômica de John Maynard Keynes.

Kennedy, Carter e Bill Clinton são os maiores expoentes do partido democrata norte-americano na segunda metade do século XX. Barack Obama é a expressão maior no início do século XXI. Os democratas defendem uma maior tributação dos ricos e das grandes corporações, e procuram gastar mais com programas sociais do que com a defesa nacional. O símbolo do partido é um *burrinho*. Os presidentes oriundos do partido democrata são identificados como os *presidentes progressistas*. Paradoxalmente, o partido democrata quase sucumbe na guerra civil, lutando ao lado dos escravistas, renascendo no século XX, protagonizando a luta pela igualdade civil dos descendentes dos escravos.

O partido republicano ganhou a feição atual em 1854. Abraham Lincoln foi o primeiro presidente norte-americano egresso do partido republicano. Conhecido como *GOP, Grand Old Party*, isto é, o *grande e velho partido*, o partido republicano tem como símbolo um *elefante*. Atualmente, o partido republicano é identificado com os grandes negócios, com a proteção do grande capital, com o belicismo, com posições conservadoras de extrema direita e com radicalismo que ganhou força e adesão nacional na luta contra o terrorismo. Entre os presidentes representantes do partido republicano destacam-se Andrew Johnson, Ulisses S. Grant, Theodore Roosevelt, Herbert Hoover, Eisenhower, Richard Nixon, Gerald Ford, Ronald Reagan e os dois Bush, pai e filho. Presentemente,

Donald Trump é o mais expressivo homem público do partido republicano, vencendo Hillary Clinton nas eleições de 2016.

No que se refere ao poder judiciário, o art. III dá os contornos da Suprema Corte, sem descer a pormenores relativos à composição deste tribunal, explicitando também regras lacônicas referentes à competência daquela casa. O art. IV elenca provisões gerais, relativas a fé em documentos públicos, a igualdade e privilégios para cidadãos de estados diferentes, admissão de novos estados, regras aplicáveis em territórios norte-americanos, bem como indicando-se a obrigação da União garantir formas republicanas de governos nos estados da federação, e de auxiliá-los nos casos de invasão estrangeira. O art. V materializa o poder que o Congresso detém para reformar a constituição. O art. VI dá conta de que deve a União garantir débitos estaduais, contraídos em momento que antecedeu a adoção da constituição. O art. VII especificou que a ratificação da constituição por nove estados seria suficiente para implemento, eficácia e vigência do texto.

Do ponto de vista estrutural, a constituição norte-americana consubstancia modelo federalista. Essa concepção cinde-se em dois contextos. Tem-se um federalismo vertical e um federalismo horizontal. O federalismo vertical centra-se na supremacia nacional, é indicativo de soberania, e informa a relação entre o poder da União e o poder dos estados, com percepção primária de repartição de competências. O federalismo horizontal marca as relações entre os estados, e também é informado por êmulos de convergência.

As dez primeiras emendas, e que compõem o *Bill of Rights*, a Declaração de Direitos, foram aprovadas como condição que alguns estados impuseram para aceitação do texto originário, e que não apresentava seção que formulasse proteção para direitos e garantias individuais e coletivas. A emenda nº 1 qualifica a liberdade de religião, de expressão, de imprensa, de assembleia e de petição. Trata-se da mais recorrente das emendas constitucionais, enquanto elemento discursivo de representações sociais indicativas de liberdade de opinião.

A emenda nº 2 indica o direito de portar armas, plasmando sociedade que ainda crê no uso das próprias razões, o que já clássico em representações iconográficas, no cinema e no ideário maniqueísta de bandidos e mocinhos do *velho oeste*. A emenda nº 3 repudia o *aboletamento*, isto é, antiga obrigação que havia e que determinava que os cidadãos alojarem soldados. A emenda nº 4 prescreve a inviolabilidade de documentos e o direito do

cidadão não ser molestado por buscas ilegais. A emenda nº 5 garante o direito ao grande júri e o devido processo legal nas causas criminais.

A emenda nº 6 prescreve direito a julgamento justo e imparcial. A emenda nº 7 prevê direito de julgamento pelo tribunal do júri em algumas causas cíveis. A emenda nº 8 dá conta de direito potestativo à punição proporcional ao delito, bem como às multas justas. A emenda nº 9 indica que direitos enumerados na constituição não excluem outros. A emenda nº 10 determina que poderes não delegados à União e não vedados aos estados pela Constituição são delegados aos estados.

A emenda nº 11 é de 1798 e prescreve que a Suprema Corte não tem jurisdição em processo movido contra um estado por cidadão de outro estado. A emenda nº 12 é de 1804 e regulamenta eleições para presidente e para vice-presidente. A emenda nº 13 é de 1865 e determinou a abolição da escravidão. A emenda nº 14 é de 1868 e determina a garantia de direitos civis e o implemento do *due process of law*. A emenda nº 15 é 1870 e estendeu o direito de voto para ex-escravos.

A emenda nº 16 é de 1913 e autorizou a União a lançar e a cobrar imposto de renda. A emenda nº 17 também é de 1913 e regulamentou eleições diretas para o Senado. A emenda nº 18 é 1919, é a chamada *lei seca*, que proibiu confecção, venda e consumo de bebidas alcoólicas. A emenda nº 19 é de 1920 e formatou o voto feminino. A emenda nº 20 é de 1933 e regulamentou matérias afetas ao mandato presidencial e a sessões do Congresso. A emenda nº 21 é de 1933 e revogou a lei seca. A emenda nº 22 é de 1951 e limitou mandatos presidenciais, que não podem exceder a duas gestões. A emenda nº 23 é de 1961 e regulamentou a representação congressual do Distrito de Columbia. A emenda nº 24 é de 1964 e proibiu a limitação do direito de voto por conta do não recolhimento de impostos. A emenda nº 25 é de 1967 e tocou em temas de sucessão presidencial. A emenda nº 26 prevê direito de voto aos 18 anos. A emenda nº 27 é de 1992 e determina que o salário do congressista não pode ser fixado no próprio mandato.

Há registros de emendas apresentadas e não aprovadas. Quis se abolir o Senado em 1876. Pretendeu-se proibir que líderes religiosos concorressem ao Senado, em 1876. Cogitou-se de diretório de três membros para o exercício da presidência da república, em 1878. Pretendeu-se em 1893 emenda que batizaria os Estados Unidos da América como *Estados Unidos da Terra*. No mesmo ano, se esforçou para abolir a marinha e o exército. Em 1894 diligenciou-se para que a constituição reconhecesse *Deus e Jesus Cristo como supremas*

*autoridades em assuntos humanos*. Em 1912 lutou-se pela declaração de ilegalidade do casamento entre pessoas de raças diferentes.

Em 1914 defendeu-se a ilegalidade do divórcio. Em 1916 pretendeu-se que a declaração de guerra dependeria de voto popular e que o exército somente seria formado por aqueles que votassem *sim*. Em 1933 intentou-se limitar a riqueza pessoal em um milhão de dólares. Em 1938 houve tentativa de se ratificar a emenda constitucional que proibia a ebriedade. Em 1971 cogitou-se de emenda constitucional que determinasse aos norte-americanos o direito a meio ambiente livre de poluição.

A constituição norte-americana suscita horizonte de sentido muito amplo. Uma certa indeterminação de suas regras, o que qualifica sua natureza sintética, permite que o intérprete implemente juízos de subsunção que assentem suas orientações políticas e predisposições pessoais. Embora o texto constitucional norte-americano seja indicativo de modelo weberiano caracterizado pela racionalidade e pela objetividade, seu implemento sugere concepções de dominação tradicional, forte em seu sentido histórico. O direito constitucional norte-americano é a história dos tribunais e simultaneamente o uso que os tribunais fazem da história.

A constatação de que *o direito é o que o judiciário diz o que o direito seja* é o ponto fundamental do realismo jurídico norte-americano. Este movimento radica no pragmatismo filosófico que se desenvolveu nos Estados Unidos, principalmente por meio da atuação de Charles Sanders Peirce, de William James e de John Dewey nos meios acadêmicos daquele país. Defendia-se que o conhecimento não pode ser dissociado da realidade, que a teoria não poderia se afastar da prática e que toda concepção teórica o é por alguma finalidade que a marca epistemologicamente.

O realismo influenciou a concepção jurídica de Oliver Wendell Holmes Jr., canonizado nos Estados Unidos como o jurista que mais substancializou o pragmatismo no direito. Roscoe Pound, Benjamin Nathan Cardozo e Louis Brandeis são também reputados como os primeiros referenciais indicativos do realismo jurídico nos Estados Unidos. Charles Beard produziu uma historiografia jurídica realista, imputando à constituição norte-americana âncoras e diretivas do capitalismo que marcava a vida prática dos "founding fathers". Karl Llewellyn, Jerome Frank, Thurman Arnold e Felix Cohen são apontados entre os realistas mais sistêmicos, embora houvesse recusa em se aceitar a tipificação.

O realismo jurídico norte-americano é o ponto de partida do movimento *law and economics*, direito e economia, capitaneado por Richard Posner, juiz federal norte-americano identificado com as posições do partido republicano, e para o qual a função de toda a decisão judicial é promover a maximização da economia. Paradoxalmente, o realismo jurídico também é o epicentro do movimento *critical legal studies*, que verticaliza leitura crítica do direito, rival conceitual do *law and economics*, e que foi liderado por Duncan Kennedy e por Roberto Mangabeira Unger, esse último o jurista brasileiro mais conhecido no exterior, pontificando na Harvard Law School, onde leciona desde o início da década de 1970.

Historicamente, se pode falar de duas correntes hermenêuticas no constitucionalismo norte-americano. Um certo ativismo marcou a atitude de juízes construtivistas, mais identificados com o partido democrata e com um ideário mais democrático. Os construtivistas pretendem a leitura contemporânea do texto constitucional norte-americano, subsumindo-o à realidade, que exigiria a intervenção do judiciário, na consecução da justiça social. Nesse sentido, destaca-se a corte de Earl Warren (1953-1969), que possibilitou o avanço do movimento pela igualdade de direitos civis nos Estados Unidos, que não se curvou ante as ameaças do anticomunismo histórico do macartismo e que realmente criou cultura democrática no ambiente normativo e político norte-americano. A corte de Warren marcou a década decisiva nos Estados Unidos da América, levando ao limite do possível as conquistas que espelhavam tendências sociais inegáveis.

Em contrapartida emerge corrente mais identificada com o pensamento republicano, de feição conservadora, e que se justifica epistemologicamente como baluarte de leitura minimalista do texto constitucional, originalista ao extremo, supostamente fiel à vontade do legislador que detinha o poder constituinte originário e empiricamente marcada por interpretação literal da constituição norte-americana.

O *judicial review* é a instância que possibilita a ação política do judiciário norte-americano. Embora inicialmente cogitado como o menos ativo dos três poderes desenhados pela constituição norte-americana, o judiciário protagoniza funções que geram verdadeiras tempestades. A definição de direitos por parte da Suprema Corte inegavelmente materializa escolhas e valores pessoais identificando um governo de

homens e não de leis, paradoxalmente ao contrário do que supostamente planejavam os constituintes norte-americanos de 1787.

O simbólico aperto de mãos entre os juízes da Suprema Corte norte-americana é sucedido por batalhas que marcam posições firmes e vaidades indisfarçáveis). A Suprema Corte faz parte da cultura pública norte-americana, propiciando padrões de comportamento mimetizados em excertos de jurisprudência.

Não há direito potestativo e absoluto do cidadão norte-americano para que a Suprema Corte aprecie sua questão em grau de recurso. A discricionariedade é absoluta. O processamento de recurso à Suprema Corte decorre do deferimento de petição, o *writ of certiorari*, que abre caminho para complexa sustentação oral. O direito constitucional norte-americano transcende do texto de 1787 e se realiza nas discussões concretas que apreciam controle de constitucionalidade, poderes implícitos, supremacia de lei federal, relações entre as raças, política do *laissez-faire*, direito ao silêncio, aborto, liberdade religiosa, liberdade de expressão, controle de constitucionalidade de políticas de organizações privadas, jurisdição federal, questões políticas, judicialização da política, relações entre os poderes, imunidade presidencial, limitação do poder de polícia e os contornos do próprio ativismo judicial.

O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, deu início a modelo de controle de constitucionalidade substancializando percepção que nos dá conta de que nulas são as leis que afrontam os textos constitucionais, isto é *a law repugnant to the Constitution is void*, nos dizeres do Chief Justice John Marshall em 1803. O caso *Marbury v. Madison* foi provavelmente a maior contribuição norte-americana ao Direito Constitucional. Declarou o princípio da supremacia do poder judiciário. Indicou o *judicial review* ou controle pelo judiciário da constitucionalidade das leis. O mentor de tal concepção foi o Juiz Marshall, que o fez, no entanto, no quadro de problemático jogo político, no qual leituras ingênuas, puras e analíticas do direito não tinham o menor espaço.

A decisão foi política. Marshall contornou confronto direto com o presidente norte-americano, Thomas Jefferson, a esfinge norte-americana. Não deixou, porém, de criticá-lo, mascarando recuo inevitável, como ato de afirmação contra o partido no poder. A historiografia jurídica tradicional apegando-se nesta última concepção, esquecendo-se daquela primeira, realista e pragmática. Em 1801, nos últimos dias do governo de John Adams, William Marbury foi legalmente nomeado juiz de paz no distrito de Columbia, por parte do

presidente que partia. O sucessor, presidente Thomas Jefferson, implementou o *spoil system*, isto é, o clássico modelo norte-americano de acesso a cargos públicos de feição política, por meio do qual o partido vencedor apropria-se dos melhores e mais importantes postos. Jefferson ordenou que seu secretário de governo, James Madison, não empossasse Marbury. O preterido requereu ordem de *mandamus* contra Madison, diretamente na Suprema Corte norte-americana. O requerido não se defendeu, e nem mesmo respondeu à ordem judicial para se manifestar. Jefferson ameaçou a Corte com *impeachment*, caso o pedido de Marbury fosse deferido.

Marshall astutamente inverteu o exame da ordem das questões. Declarou que Madison agiu ilegalmente ao não dar posse a Marbury, cuja nomeação para o cargo de juiz havia sido perfeita e legítima. Porém, a Suprema Corte não tinha competência para reconduzi-lo ao cargo porque o pedido lhe foi diretamente feito, com base no art. 13 de uma lei judiciária de 1769. Segundo Marshall, competência era matéria estritamente definida na Constituição e não poderia ter sido dilatada por lei judiciária. Era, assim, inconstitucional e nulo o art. 13 dessa norma, que atribuía à Corte Suprema competência originária para expedir ordens de *madamus*, nos termos da pretensão de William Marbury.

Marshall censurou Jefferson, criticou Madison, deu razão a Marbury, porém recusou-se a determinar a posse deste último com base na inconstitucionalidade da Lei Judiciária de 1769. Inaugurou o controle de constitucionalidade de leis por parte do poder judiciário, passou à história como criador de tal mecanismo e manteve-se à frente da Suprema Corte, contornando as ameaças do poder executivo.

O caso *MacCulloch v. Maryland*, de 1819, fundamentou a teoria dos poderes implícitos no constitucionalismo norte-americano. O estado de Maryland tributou em US\$ 15,000 os bancos que funcionavam em seu território, sem alvará específico de funcionamento, do próprio estado. Era o caso do Banco dos Estados Unidos, que sem o recolhimento de tais valores funcionava no estado de Maryland. O gerente da agência de Baltimore, James McCulloch, recusou-se a pagar o tributo. A Suprema Corte de Maryland manteve a imposição. McCulloch apelou para a Suprema Corte. O Juiz Marshall observou que além dos poderes enumerados na Constituição, havia outros implícitos no próprio texto, de competência do Congresso. Se o governo federal tem objetivos e responsabilidades, detém os meios para realizar seus fins. Tratava-se do princípio da

supremacia nacional, que justificaria a teoria dos poderes implícitos, também chamada teoria dos poderes resultantes.

Embora não houvesse autorização expressa para que a União criasse bancos, implícita estava sua necessidade, por imperativo de ordem pública. O Congresso detém competência implícita para criar bancos e qualquer lei estadual que direta ou indiretamente limitasse tal competência seria inconstitucional. O estado de Maryland, cobrando impostos, não poderia restringir a aplicação da lei federal. O estado não poderia tributar instrumentos do governo federal, concepção que justificaria a teoria tributária da imunidade fiscal. A Constituição possibilitou lei federal que institui banco federal nos Estados Unidos, invalidando lei estadual que o tributava.

Anulou-se a lei estadual de Maryland que tributava o banco federal. Deu-se continuidade à doutrina dos poderes implícitos ou dos poderes resultantes. Garantiu-se ao Congresso necessários e poderes para a condução dos negócios do governo norte-americano. É desse julgado a axiomática passagem de Marshall, que indica que *that the power to tax involves the power to destroy*, isto é, que o poder de tributar implica no poder de destruir. O caso *MacCulloch v. Maryland* estabeleceu e firmou limitação implícita na autoridade dos estados, é que estes não detêm de tributar bancos federais. Trata-se do caso de maior dimensão econômica da corte de Marshall.

O caso *Gibbons v. Ogden*, de 1824, dá os contornos do conceito norte-americano indicativo de supremacia da lei federal. Em 1815 Aaron Ogden, ex-governador do estado de Nova Jersey, comprou direitos de explorar a navegação comercial entre os portos de Nova Iorque (no estado de Nova Iorque) e Elizabethtown (no estado de Nova Jersey). Quatro anos depois, processou seu ex-sócio Thomas Gibbons porque este passou a explorar linha com o mesmo itinerário, desrespeitando os direitos que Ogden comprava, garantidos pelas leis do estado de Nova Iorque.

Gibbons argumentou que a licença federal lhe autorizava a operar com barcos em qualquer lugar nos Estados Unidos. A corte de Nova Iorque, por decisão do Juiz Kent, rejeitou a tese de Gibbons, que apelou para a Suprema Corte. A apelação foi protocolada em 1820 e apreciada em 1824, pelo juiz Marshall. A Suprema Corte reconheceu a supremacia da lei federal em face da lei estadual, garantindo a Gibbons o direito de operar com seus barcos, na linha Nova Iorque/Elizabethtown. Segundo Marshall, era claro o texto constitucional: o Congresso teria poderes para regular o comércio com nações estrangeiras,

entre os estados e com as tribos indígenas (Constituição, Seção 8, inciso 3). Aos estados eram reservados poderes para legislar em tema de comércio interno. A Linha Nova Iorque/Elizabethtown ligava dois estados (Nova Iorque e Nova Jersey), exigindo competência normativa federal. É a chamada cláusula de comércio, atribuída ao Congresso, e de amplo uso e aplicação no direito constitucional norte-americano contemporâneo.

O caso resumia-se na pergunta: poderiam os estados regulamentar comércio entre eles e nações estrangeiras, matérias reservadas ao Congresso? A Suprema Corte entendeu que não, decidindo por Gibbons contra os interesses de Ogden. O caso é o mais famoso da Suprema Corte, em matéria de *commerce clause*. Todas as decisões subsequentes são meros comentários ao processo Gibbons v. Ogden. Assim, Congresso e Nova Iorque tinham leis regulando a navegação. Gibbons possuía autorização federal e Ogden detinha autorização estadual. Reconhecendo o direito de Gibbons, a Suprema Corte decidiu que comércio interestadual é assunto de competência federal.

O caso *Dred Scott* é talvez o mais odioso julgamento do direito constitucional norte-americano. Dred Scott havia sido escravo de John Emerson, médico do exército. Viveu por um tempo em Illinois (Fort Snelling), área que não aceitava a escravidão, nos termos do compromisso do Missouri, acordo entre os estados que limitava as áreas nas quais a escravidão seria permitida. Por ter vivido em estado não escravista, Dred Scott considerou-se livre, sob a premissa de que *once free, always free*, isto é, uma vez livre, livre para sempre. Em 1850 John Emerson, seu antigo proprietário, faleceu. Dred Scott ajuizou ação com objetivo de ver reconhecida sua liberdade. O juízo de primeiro grau reconheceu tal direito, sob a premissa de que Scott havia vivido uma época em liberdade, assimilando um *vested right*, um direito adquirido. A Suprema Corte do Estado de Missouri anulou a decisão.

A viúva de Emerson havia se casado novamente e seu cunhado, John Sandford, recebeu Dred Scott como herança. Dred Scott então protocolou ação judicial contra Sandford, em Nova Iorque, estado no qual residia seu novo proprietário. Em contestação, Sandford alegou que por ser negro, Dred Scott não era cidadão. E por não ser cidadão não teria capacidade para litigar em juízo. O juiz Robert Wells decidiu que se Dred Scott fosse livre poderia figurar no polo ativo da lide. Caso contrário, seu direito seria discutível. No mérito, acompanhou a decisão do Tribunal de Missouri, decretando que Dred Scott era escravo. Dred Scott apelou para a Suprema Corte.

O Chief Justice Roger Taney, em voto preconceituoso e racista, abordou duas questões: o *status* dos negros (livres ou escravos) e o poder do Congresso regular a escravidão nos estados. Perguntou se negros, cujos ancestrais teriam sido *importados*, estariam intitulados a exercer a cidadania. Respondeu negativamente. Agressivamente decidiu-se que negros eram coisas, objetos de propriedade, comprados e vendidos, antes e depois da independência, antes e depois da constituição. Além do que, o direito de propriedade de escravos estaria garantido pelo texto constitucional. Só poderia ser perdido mediante a aplicação do *due process of law*. Entendeu também que o Congresso não poderia regulamentar a escravidão nos estados, porque a constituição não admitia restrições a esse direito de propriedade. Dred Scott perdeu a causa. A decisão de 54 páginas arrogava-se definitiva, encerrando controvérsias sobre escravidão nos estados, *status* de negros, a par de enfrentar o partido republicano. Acirrou ódios e é importante causa determinante da guerra civil (1860-1865). Não considerou os escravos como cidadãos, prestigiando o direito de propriedade dos senhores escravocratas. Perdeu sua validade com a 13ª. Emenda. O caso Dred Scott dividiu o país.

O caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896, cristalizou a doutrina racista do *separate but equal*, isto é, *iguais porém separados*. A segregação feita em desfavor dos negros, conhecida como *legislação Jim Crow* visou barrar frequência em escolas comuns e ao uso dos transportes públicos, restaurantes, teatros, hotéis, cinemas, balneários. Formatou-se a doutrina do *equal but separate*, legalizou-se a segregação, conquanto que se fornecessem serviços e condições iguais, para brancos e segregados.

Homer Plessy, que não era branco, foi preso e processado porque se sentou no setor reservado aos brancos, em um trem no estado da Louisiana. Ele recorreu à Suprema Corte, requerendo ordem contra o Juiz Ferguson, para que se determinasse que o magistrado arquivasse a ação penal. A corte apreciou a constitucionalidade de uma lei da Louisiana, de 1890, que dividia os espaços dos trens entre raças, que não poderiam se misturar, implementando a então dominante doutrina do *equal but separate*. Entendia-se que era obrigação do estado providenciar vagões para brancos e negros. Dizia-se que Homer Plessy era 1/8 africano. Um precedente de 1849 (*Roberts v. Cidade de Boston*) garantiu escolas separadas, admitindo a segregação.

A Suprema Corte determinou que a doutrina do *equal but separate* não violava a constituição, conquanto que brancos e negros tivessem o mesmo tratamento e as mesmas

instalações, que utilizariam separadamente. Em voto divergente, o Juiz John Marshall Harlan anotou que a constituição era cega para questões de cor (*blind color*), desconhecendo e não tolerando classes distintas entre seus cidadãos. A questão permanecerá em debate até a década de 1960, quando os direitos civis tiveram mais ampla aplicação e discussão nos EUA.

O caso *Lochner v. Nova Iorque*, de 1905, cristalizou doutrinas liberais do *laissez-faire*. No exercício do poder de polícia o estado de Nova Iorque havia limitado em dez horas diárias o trabalho de padeiros. Lochner, proprietário de uma padaria, violou a lei, contratando padeiros que trabalhavam *overtime*, excedendo as dez horas. Naquela época a liberdade de contrato era considerada regra geral. Entendia-se que a autoridade legislativa somente poderia restringi-la em circunstâncias excepcionais. Com base nessa premissa, pretendeu Lochner que a Suprema Corte decretasse a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque, que limitava sua liberdade de contratar.

O relator da decisão, Juiz Peckham, entendeu que a lei de Nova Iorque interferia na liberdade de contrato, entre patrões e empregados. Com base na 14<sup>a</sup>. Emenda afirmou que o estado não poderia privar o indivíduo da liberdade e da propriedade, sem o devido processo legal, o que o estado de Nova Iorque estaria fazendo, ao limitar as horas de trabalho na padaria. A questão apreciava dois valores: a liberdade de contratar e o poder de polícia dos estados. No mérito, afirmou que pão limpo e saudável não depende de quantas horas o padeiro trabalhe. Não havia, nesse sentido, poder de polícia que justificasse a lei limitativa de horas de trabalho. Declarou-se a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho nas padarias.

Manteve-se a tendência de garantir-se a todo custo a liberdade de contrato. Ainda em 1898 no caso *Adair v. EUA* fulminou-se a Seção 10 da Lei de Erdman, de 1<sup>o</sup>. de junho de 1898. A aludida lei proibia os contratos *yellow dog* (exigência das estradas de ferro de que seus empregados não fossem sindicalizados) e vedava a discriminação de empregados filiados a sindicatos.

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, revogou a doutrina até então dominante, do *equal but separate*, aplicado desde *Plessy v. Ferguson*. Em 1948 Ada Lois Sipuel provocou a Corte Suprema porque a faculdade de direito de Oklahoma indeferiu seu pedido de matrícula. Por ordem do tribunal a universidade nomeou três advogados que dariam aulas à pretendente. A mesma universidade teve de deferir o pedido de C.W.

McLaurin, que se matriculou num programa de pós-graduação em Educação. Porém o aluno foi obrigado a sentar-se em ambiente contíguo à sala de aula, em lugar separado na biblioteca, bem como foi constrangido a usar o refeitório em horário diverso dos outros estudantes. A Corte ordenou o fim das restrições.

Um outro norte-americano, Sweatt, teve pedido indeferido para matricular-se na faculdade de direito do Texas, que lhe negou acesso por preconceito racial. A Corte assinou prazo para que se instalasse uma faculdade de direito separada para não brancos, ou então que se deferisse o pedido de matrícula. Sweatt matriculou-se na faculdade separada, de cuja qualidade reclamou. 188 professores de Direito do país enviaram petição à Suprema Corte, para que se revogasse a segregação racial nas escolas.

Em 1952 a Corte preparava-se para apreciar casos do Kansas (*Brown v. Topeka*), da Carolina do Sul, da Virgínia, e de Delaware. Embora sob premissas, fatos e condições distintas, as quatro ações versavam sobre a segregação racial nas escolas e seriam julgadas conjuntamente. Decisão unânime concluiu que não havia igualdade entre as escolas. Crianças brancas tinham opções, enquanto a educação das outras crianças era praticamente inexistente. Concluiu-se que em tema de educação pública a doutrina do *equal but separate* era inaplicável. Iniciava-se nova fase nas relações raciais norte-americanas. Dava-se início a extinção da segregação nas escolas públicas, circunstância marcada por intensas reações. Em 1964 a lei dos direitos civis fez da igualdade racial matéria de lei federal. A política de desmonte da segregação racial nas escolas norte-americanas foi um dos maiores desafios que o direito daquele país viveu na década de 1950. Ressurge contemporaneamente informando políticas de ações afirmativas, que objetivam correção de injustiças historicamente realizadas.

O caso *Miranda v. Arizona* vincula-se ao direito do detento de ficar em silêncio. No dia 13 de março de 1963 Ernesto Miranda foi preso em sua casa e levado em custódia para uma estação policial em Phoenix, no estado do Arizona. Foi identificado por uma vítima, que o acusou de crimes de rapto e de estupro. Em seguida foi interrogado por dois policiais, que admitiram em juízo que não tinham advertido o réu de que ele poderia ficar calado, além de que tinha direito à presença de um advogado. Os policiais não obedeceram a 5ª emenda à constituição norte-americana, como determinado no *Bill of Rights* de 1791.

Ao que consta, depois de duas horas de interrogatório os policiais obtiveram confissão de Miranda, tida como voluntária, livre de ameaças e de promessas de benesses,

com *total conhecimento de direitos*, a par do reconhecimento de que a confissão poderia ser usada contra o próprio réu. Miranda foi condenado em 1ª. instância a 50 anos de prisão. A Suprema Corte do Arizona manteve a decisão *a quo*, observando que Miranda não pediu específica e objetivamente por advogado. O recurso subiu à Corte de Warren. Trata-se do mais discutido caso decidido por aquele corte liberal.

Entendeu-se que o aviso de que o réu poderia ficar em silêncio deveria ser acompanhado da admoestação de que tudo o que fosse dito poderia ser usado contra o próprio réu. Além do que, sob orientação da 5ª. emenda, entendeu-se que o direito a um advogado é absoluto, e que o mesmo deve acompanhar o réu, durante o interrogatório. Garante-se a proteção do acusado, além de possibilitar testemunho, por parte do advogado, caso presencie violação aos direitos do réu. A decisão da corte, anulando o acórdão do Arizona, suscitou outra questão, a propósito da inconstitucionalidade da pena de morte, à luz da Emenda n. 8, que veda penas cruéis e desusadas. Os presidentes Nixon e Reagan criticaram a decisão proferida no caso *Miranda v. Arizona*, adiantando a política de *tolerância zero* que marca setores mais contemporâneos do direito criminal norte-americano, especialmente no estado da Califórnia, no qual vigora o *three strikes law*, por meio do qual o criminoso pode receber pena pesadíssima ao cometer uma terceira infração, não importando sua natureza.

Outro caso que divide republicanos e democratas nos Estados Unidos é o caso *Roe v. Wade*, de 1973, e que sinaliza com o direito ao aborto. Jane Roe estava grávida, era solteira e queria abortar. As leis do Texas proibiam o aborto, a menos que a mãe corresse risco de vida. Jane Roe ajuizou ação de março de 1970. Quando a questão chegou à Suprema Corte a criança já havia nascido e fora adotada por terceiros. Os críticos da decisão da Suprema Corte insistem que o julgamento foi maculado pelo nascimento da criança. De modo a avaliar se a mãe poderia abortar, o relator, Juiz Blackmun, historiou o entendimento normativo e jurisprudencial a propósito do aborto. Mencionou uma certa preocupação vitoriana para o desencorajamento de condutas sexuais ilícitas. Lembrou os problemas e riscos que a prática do aborto suscita nas gestantes. Também teceu comentários em torno do interesse do estado no sentido de proteger a vida pré-natal. Não alcançava tese relativa ao direito da mãe à privacidade, porquanto a gravidez, em tese, relativizava a pretensão.

Jane Roe argumentava que o direito ao aborto era absoluto, outorgando à gestante o poder de realizá-lo, a qualquer tempo. Além disso, o nascituro não é pessoa, como

supostamente dedutível da constituição. A Suprema Corte, com base em estatísticas, deu a entender que o aborto seria mais factível e compreensível no primeiro trimestre da gravidez. Confirmou a competência do estado do Texas de legislar sobre a matéria. Julgou inconstitucional o artigo 1196 do Código Penal daquele estado, que restringia o aborto, mas que não fracionava e diferenciava abortos feitos no início ou no fim da gravidez. Assim, tão somente sobre premissas lógicas, biológicas e estatísticas pronunciou-se pela inconstitucionalidade da mencionada lei do Texas.

O caso *Texas v. Johnson* também é ilustrativo do conceito constitucional norte-americano relativo à liberdade de expressão. Em 1984 Johnson queimou bandeira norte-americana, em sinal de protesto, em frente a edifício em Dallas, no estado do Texas. Foi condenado por violar lei daquele estado, que tipificava como crime a profanação intencional de bandeira estadual ou nacional. O caso foi à Suprema Corte.

A questão radicava na emenda nº 1 que indica que *o Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta; ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo reunir-se pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos*. A liberdade de expressão recebia entendimento constitucional de sentido amplo, como se observou no caso *Missouri Knights of the Klux Klan v. Kansas City*, quando se garantiu a exibição de programas racistas, na televisão, em nome da liberdade de expressão. Por 5 votos a 4, a Suprema Corte definiu que a Constituição protege profanação à bandeira, como forma simbólica de expressão. Entendeu-se que o governo não estaria autorizado a proibir ou restringir a expressão de uma ideia porque a sociedade achava essa ideia ofensiva ou desagradável. Protegeu-se a queima da bandeira como forma de liberdade de expressão, como garantida na emenda nº 1 (*Bill of Rights*) da constituição norte-americana.

O caso *United States v. Lopez*, de 1995, indica paradigmas referentes à competência do poder legislativo federal. Em 1990 uma lei federal proibiu que se circulasse em áreas próximas a escolas com armas de fogo. A posse de arma de fogo em zonas escolares foi tipificada como crime federal. Especialmente junto aos *campi* norte-americanos percebeu-se intensa movimentação de policiais, com o objetivo de fiscalização e de apreensão de armas, com conseqüente detenção de seus portadores, que seriam julgados pela justiça federal norte-americana, e que ficariam sob custódia em prisões federais.

Lopez foi preso em flagrante e julgado pela posse de arma, em área estudantil, crime federal. Foi condenado em primeira instância. Apelou para tribunal superior. Defendeu a tese de que tal lei era inconstitucional, porque o Congresso não detinha poderes para legislar sobre a matéria. Venda de armas não é assunto de comércio interestadual, que o Congresso pode regulamentar. Lopez ganhou em segunda instância. Procuradores federais conseguiram levar a matéria à Suprema Corte, por meio de um *writ of certiorari*. A questão consistia em se indagar se o Congresso de fato tinha competência para legislar sobre restrição de armas de fogo em áreas escolares. Decidiu-se que o Congresso não possuía poderes para legislar sobre a matéria. A maior parte da legislação federal norte-americana decorre desta cláusula, chamada de *commercial clause*. O Congresso pode legislar sobre meios e instrumentos de comércio interestadual, bem como sobre atividades que tenham efeito em relação a esse comércio entre os estados da federação.

No caso, o relator, juiz Rehnquist, entendeu que o porte de armas em proximidade de escola é matéria de interesse local, e não afeta o comércio interestadual. Voto vencido do juiz Stevens entendeu que a educação da juventude tem impacto substancial na economia nacional e que é matéria de comércio interestadual, tomando esse em seu aspecto mais concreto. Voto vencido do juiz Souter entendeu que a Suprema Corte deveria atuar prospectivamente, e que a maioria qualificava um retrocesso em relação ao ativismo judicial que marcou a Corte nos primeiros trinta anos do século XX, mediante decisões que realmente representaram controle de constitucionalidade em relação a atuação do Congresso.

O caso *Richard Nixon v. Ernest Fitzgerald*, de 1982, indica referenciais para a compreensão da imunidade presidencial nos Estados Unidos. Fitzgerald trabalhava para a Força Aérea como gerente analista. Nessa qualidade, e para constrangimento de seus superiores, Fitzgerald testemunhou junto ao Congresso norte-americano, em comissão que apurava problemas de superfaturamento e de dificuldades técnicas, em relação ao transporte aéreo no país. Durante a administração Richard Nixon o analista Fitzgerald foi despedido, sob argumento de reorganização de contingente e redução de empregados.

Em seguida, Fitzgerald ajuizou ação reclamando indenização, argumentando que perdeu o emprego como retaliação por ter testemunhado contra o governo. No polo passivo, Fitzgerald indicou o presidente Nixon. Esse último defendeu-se sem tocar no mérito. Apenas arguiu preliminar, invocando que o exercício da presidência lhe conferia

imunidade. Nixon ganhou em primeira instância. Fitzgerald reverteu a situação em segunda instância. Nixon levou a questão para a Suprema Corte. O que se discutia, fundamentalmente, era se o presidente detinha imunidade absoluta por seus atos, enquanto presidente, e enquanto ainda estivesse no exercício do cargo. Nixon obteve ganho de causa junto a Suprema Corte.

Decidiu-se que como matéria de política e de interesse públicos, e com base na estrutura de governo que decorre da tripartição dos poderes, o presidente detém imunidade absoluta de seus atos, enquanto no exercício do cargo, e na medida em que os fatos decorram de suas obrigações oficiais. Essa circunstância decorre da importância que as incumbências presidenciais substancializam. Ao contrário de outros servidores, cuja imunidade é relativa, o presidente, no entender do voto, deve concentrar-se especificamente em suas atribuições, de modo que ações judiciais não podem alcançá-lo, por atos praticados na qualidade de presidente da república. Voto vencido do juiz White indicou que a imunidade era inapropriada, porque colocava o presidente acima da lei. Bem entendido, a constituição dos Estados Unidos não prevê especificamente a imunidade para o presidente.

O caso *William Jefferson Clinton v. Paula Corbin Jones*, de 1997, suscita o mesmo problema, embora com desate distinto. Bill Clinton foi eleito presidente dos Estados Unidos em 1992 e reeleito em 1996. Seu mandato expirou em 20 de janeiro de 2001. Em maio de 1991, ainda quando governador do estado de Arkansas, Clinton discursou em conferência no Hotel Excelsior, na cidade de Little Rock, em seu estado, Arkansas. Paula Jones, que era funcionária do estado de Arkansas, e que estava nessa qualidade trabalhando na recepção do Hotel Excelsior, alegou que fora convidada por Clinton para que se dirigisse a uma suíte do hotel. Jones teria sido abordada por Clinton, que teria feito propostas indecorosas para a funcionária, que disse ter resistido veementemente ao assédio.

Em 1994 Paula Jones ajuizou ação contra Clinton, requerendo indenização por danos morais, especialmente porque Clinton teria obstruído seus direitos de reclamar, administrativa e judicialmente. Paula Jones postulou também compensação pelos danos emocionais que sofreu, e que ainda estava sofrendo. A defesa de Clinton não atacou o mérito. Invocou-se a imunidade, e precedente havia, a exemplo do caso *Nixon v. Fitzgerald*. Clinton pretendia que se suspendesse o andamento da ação ajuizada por Paula Jones, pelo

menos enquanto se resolvesse a questão da imunidade, preliminar na forma, prejudicial no conteúdo.

Em primeira instância aceitou-se a tese da imunidade e determinou-se a suspensão do feito até o término da gestão Clinton. Ambos apelaram. Em segunda instância determinou-se a continuidade do procedimento. Clinton levou a questão para a Suprema Corte. A Suprema Corte deu ganho de causa para Paula Jones, afirmando que não se tratava de caso semelhante ao caso *Nixon v. Fitzgerald*. Nesse último, danos seriam pagos pelo Estado, no caso de Clinton, a responsabilidade era pessoal. A ação judicial deu início a intenso movimento oxigenado pelo partido republicano, e que tinha por objetivo desestabilizar Clinton, por conta de vida pessoal supostamente não condizente com o exercício da presidência dos Estados Unidos da América.

O caso *Toomer v. Witsell*, de 1948, dá os contornos da limitação do poder de polícia nos Estados Unidos. O estado da Carolina do Sul havia determinado o recolhimento de uma taxa de U\$ 25 para proprietários de barcos que fossem daquele estado, e que pescavam camarões. A mesma lei determinou que proprietários que fossem de outros estados, e que também pescavam camarões, com suas embarcações, nas mesmas condições, e no mesmo local, fossem tributados em U\$ 2,500. Vários pescadores do estado da Geórgia ajuizaram ação protestando que a diferença na tributação hostilizava cláusulas constitucionais de privilégios, imunidades e igualdades. O estado da Carolina do Sul defendeu-se invocando que a medida era necessária. O objetivo era a proteção dos camarões, bem como se deveria internalizar as externalidades negativas decorrentes da ação de concentração de pescadores, que vinham de outros estados, o que exigia que o estado da Carolina do Sul arcasse com custos adicionais de manutenção, quando os lucros eram obtidos por outros estados.

A questão chegou a Suprema Corte norte-americana. Os pescadores da Geórgia ganharam a causa. Cidadãos de um estado A devem usufruir os mesmos privilégios que detêm cidadãos de um estado B. Essa previsão constitucional, no entanto, não seria absoluta. Estados podem discriminar pessoas de outros estados quando há razões substanciais que justifiquem tratamento desigual. No caso analisado, a Suprema Corte entendeu que o interesse do estado da Carolina do Sul era até justificável. Afinal, pretendia-se regulamentar a pesca. No entanto, não se justificava a diferença na tributação, dado que não se demonstrou que pescadores de outros estados representavam,

efetivamente, fonte específica e determinável do problema que suscitou a cobrança de taxas distintas.

O caso *Supreme Court of New Hampshire v. Kathryn A. Piper*, também indica contornos aplicáveis aos limites do poder de polícia no direito constitucional norte-americano. O regimento interno da Suprema Corte do estado de New Hampshire limitava o exercício da advocacia a residentes daquele estado. Kathryn Piper vivia no estado de Vermont e residia a poucos metros da fronteira do estado de New Hampshire. Após ter passado nos exames para o exercício da advocacia naquele estado, Piper teve seu pedido de inscrição indeferido, por causa do regimento da Suprema Corte de New Hampshire, que reservava o exercício da advocacia no estado para residentes do próprio estado.

Piper ajuizou ação em corte de jurisdição federal, invocando que a restrição não atendia cláusula constitucional que regula privilégios e imunidades. Piper ganhou em primeira e em segunda instâncias. O caso chegou à Suprema Corte. Piper teve as decisões anteriores confirmadas. Decidiu-se que a regra limitava direitos de Piper. Dada a importância econômica e cultural do exercício da advocacia, entendeu-se que a atividade é um privilégio. No entanto, o poder de regulamentação não enseja cláusula absoluta, porque não havia razões substanciais para limitação do exercício da advocacia, por parte do estado de New Hampshire, em relação a habitantes de outros estados. A Suprema Corte de New Hampshire argumentava que residentes de outros estados desconheciam padrões normativos do estado e que haveria dificuldade em se controlar o comportamento ético de advogados que não vivessem em seus limites territoriais. Além do que, advogados de outros estados não auxiliariam a estrutura judicial de New Hampshire, porque não fariam advocacia dativa ou demais trabalhos voluntários. O juiz Rehnquist foi voto vencido. Rehnquist afirmou que o exercício da advocacia é questão interna dos estados, dada a variedade de leis estaduais e a peculiaridade normativa da federação norte-americana.

Um dos casos mais paradigmáticos em tema de limitação de poder de polícia radica em 1908 quando se julgou o caso *Muller v. Oregon*. O estado de Oregon promulgou lei que proibia mulheres de trabalharem mais de dez horas por dia. Previu-se que o responsável pelo emprego de mulheres, na condição proibida por lei, ensejava tipificação penal. Muller era supervisor de empresa de lavagem de roupas, e que foi processado e condenado, por ter empregado mulheres que trabalhavam mais de dez horas por dia. Em seguida a condenação, Muller apelou para a Suprema Corte do estado de Oregon, alegando que a

restrição mitigava e menosprezava a liberdade de contrato, questão central no capitalismo norte-americano.

Manteve-se a decisão originária e Muller levou a questão para a Suprema Corte norte-americana. Muller perdeu. Estava em jogo suposta antinomia entre lei do estado de Oregon que restringia horas de trabalho e a 14ª emenda à constituição norte-americana. A Suprema Corte determinou que não há liberdade absoluta de se formularem contratos, especialmente no âmbito do direito do trabalho. Embora apenas circunstâncias excepcionais justificassem a interferência do Estado. E tal contexto era evidenciado no caso, dado que inerente seria a diferença entre os sexos. Havia interesse na proteção das mulheres. Na visão da Suprema Corte, estrutura física e maternidade justificavam que a lei protegesse as mulheres, o que não ocorreria em relação aos homens. Consequentemente, os limites que a lei previa para o trabalho de mulheres, restringindo-se à amplitude de contratos, beneficiam as mulheres em particular e a sociedade em geral.

O processo marcou o início do uso de um tipo de petição, o *Brandeis Brief*, por meio da qual o advogado invoca questões sociais e econômicas, em desfavor da literalidade da lei. O advogado Louis Brandeis, que posteriormente serviu como juiz na Suprema Corte norte-americana, é quem deu início a esse modelo de documento jurídico.

Ativismo judicial é assunto que marcou o caso *Korematsu v. United States*, de 1944. Korematsu era cidadão norte-americano de origem japonesa, que foi condenado pela justiça federal de primeira instância na Califórnia, por ter desobedecido a ordens militares contra japoneses, na costa oeste norte-americana, durante a segunda guerra mundial. Em 9 de maio de 1942 o governo norte-americano promulgou a *Ordem de Exclusão nº 32*, determinando que todos os descendentes de japoneses deveriam se apresentar para as autoridades militares, devendo em seguida aguardarem áreas controladas por militares. Temia-se que esses descendentes de japoneses praticassem atos de sabotagem e de espionagem, durante a guerra.

A medida governamental pretendia enfrentar iminente perigo público, o que exigiria limitação de liberdades individuais e mitigação de direitos civis. Korematsu desafiou judicialmente a ordem do governo norte-americano. Colocou a seguinte questão, que chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos: pode se justificar a limitação de direitos civis, de um grupo racial específico, em nome da segurança pública? Também se discutia, como pano de fundo, previsão constitucional que outorgou, *a todos, proteção idêntica* por parte da

lei. Além do que, embora descendente de japoneses, Korematsu era cidadão norte-americano. Korematsu foi derrotado.

A Suprema Corte norte-americana definiu que medidas de restrição por parte de autoridades militares legítimas, em caso de perigo público grave e iminente, justificariam a limitação de direitos civis de um grupo racial específico. O relator, Juiz Black, centrou-se em interesses públicos primários. Receio de invasão na costa oeste, por parte das autoridades militares, em meio à guerra, após os japoneses terem bombardeado Pearl Harbor, seria motivo suficiente para justificação das restrições, para com descendentes de japoneses, na costa oeste dos Estados Unidos. Tudo isso, nada obstante Korematsu deter cidadania norte-americana.

O caso *Hustler Magazine v. Falwell*, de 1988, é precedente fundamental para compreensão de tema de liberdade de imprensa no direito constitucional norte-americano. A revista *Hustler* veiculou publicidade de *Campari*, que teria ofendido o Reverendo Falwell, pastor evangélico norte-americano, conhecido no país todo. Tratava-se de campanha da bebida *Campari*, que consistia em entrevistas fictícias com pessoas conhecidas, que falavam sobre a *primeira vez*.

Embora o tom malicioso fosse o foco da campanha, essa *primeira vez* identificaria quando o *entrevistado* teria experimentado a referida bebida. A revista anunciou jocosamente: *Jerry Falwell fala sobre a sua primeira vez*. A entrevista imaginária apresentava Falwell comentando que *sua primeira vez foi uma relação incestuosa, em noite de muita bebedeira, em uma casa de prostituição*. E na mesma página, na parte inferior, escreveu-se com letras minúsculas que se tratava de *uma paródia, que não deveria ser levada a sério*.

Falwell ajuizou ação pedindo indenização, por danos morais e emocionais, dado que a matéria envolvia a própria mãe. Além do que, o queixoso se tratava de pastor protestante. A questão se resumia em se explicar se personalidades públicas estão protegidas de investidas da imprensa, podendo reclamar *emotional distress*, isto é, indenização por aflições emocionais sofridas. Falwell ganhou em primeira instância, mediante decisão de júri popular.

A questão chegou à Suprema Corte, que reverteu a decisão originária. O juiz relator, Rehnquist, votou no sentido de que personalidades públicas podem restringir o uso de suas imagens pela imprensa, devendo, no entanto, comprovar que houve por parte do ofensor dolo específico, por meio de malícia orientada diretamente para a ofensa. O que, pelo

menos em tese, não era o caso, porque a revista indicava tratar-se de paródia, sem que houvesse nenhuma intenção específica de dano à honra do ofendido. O caso assegura o direito e a prerrogativa que a cidadania norte-americana outorga a seu titular, no sentido de se criticarem pessoas públicas, enquanto que, especificamente, siga-se padrão que não indique comportamento malicioso objetivo.

O direito constitucional norte-americano é o exemplo mais veemente e eloquente de que o constitucionalismo neutro pode ser um mito e de que textos constitucionais podem também aparelhar instrumentos retóricos, de uso recorrente no debate política.

#### **4 OBSERVAÇÕES FINAIS**

Como se percebe, o ambiente histórico e normativo das tradições do common law é muito distinto do ambiente histórico e normativo de nossa tradição jurídica. O que contemplamos, nesse sentido, é um esforço para acomodação, entre nós, de arranjos e institutos construídos em ambiente distinto do nosso. Essa constatação não significa, necessariamente, que ideias e arranjos não possam circular entre os vários países, inclusive com tradições distintas. O que sugere, é que há uma necessidade de adaptação, que pode variar, a ponto da feição original de determinado instituto mostrar-se substancialmente alterada no contexto histórico e político que a recebeu. De tal modo, concluímos, o estudo de institutos novos (amigo da Corte, precedente, entre outros) sugere que se estude, concomitantemente, os ambientes históricos nos quais foram construídos. Essa pode ser, provavelmente, a tarefa prática mais emblemática do direito comparado.

#### **Referências**

AGOSTINI, Eric. **Droit Compare**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. **In Our Defense- the Bill of Rights in Action**. New York: Avon Books, 1990.

ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.

BAILY, Bernard. **The Ideological Origins of the American Revolution**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1992.

BARRON, Jerome A. e DIENES, C. Thomas. **Constitucional Law**. Saint Paul: West Group, 2003.

BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Free Press, 1986.

BERMAN, Harold J. **Law and Revolution- The formation of the western legal tradition**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BORK, Robert H. *The Tempting of America, The Political Seduction of the Law*. New York: Touchstone Book, 1990.

CANTOR, Norman F. **Imagining the law: common law and the foundations of the American Legal System**. 1.ed. New York: Harper Perennial, 1997.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law- Principles and Policies**. New York: Aspen Law, 2002.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado - Introdução ao Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COOPER, Phillip J. **Battles on the bench: conflict inside the Supreme Court**. Lawrence, KA: University Press of Kansas, 1995.

DAVID, René e BRIERLEY, John E.C. **Major Legal Systems in the World Today**. New York: Macmillan, 1978.

DAVID, René. **Le Droit Comparé- Droits d'Hier, Droits de Demain**. Paris: Economica, 1982.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. New York: Touchstone, 1985.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

GILLMAN, Horward. **The constitution besieged**. Durham/London: Duke University Press, 1993.

GILMORE, Grant. **The Ages of American Law**. New Haven: Yale University Press, 1977.

- GLENDON, Mary Ann et al. **Comparative Legal Traditions**. St. Paul: West Group, 1999.
- GLENN, H. Patrick. **Legal Traditions of the World**. New York: Oxford University Press, 2000.
- GROSSMAN, George S. (ed.). **The Spirit of American Law**. Boulder: Westview, 2002.
- HALL, Kermit (ed.) **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999.
- HALL, Kermit L. **The Magic Mirror – Law in American History**. New York: Oxford University Press, 1989.
- HALL, Kermit L. (ed.) **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002.
- HALL, Kermit L., WIECK, William, M.; FINKELMAN, Paul. **American Legal History – Cases and Materials**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1996.
- HORWITZ, Morton. **The Transformation of American Law**. 2 vols. New York: Oxford University Press, 1994.
- HORWITZ, Morton. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. New York : Hill and Wang, 1999.
- HUCKO, Elmar M. **The Democratic Tradition- Four German Constitutions**. Oxford, New York and Munich: Berg, 1987.
- JENNINGS, Ivor. **A Constituição Britânica**. Brasília: UnB, 1981.
- JOHNS, Margaret Z.; PERSCHBACHER, Rex R. **The United States Legal System: an introduction**. Durham: Carolina Academic Press, 2002.
- LUTZ, Donald S. **The Origins of American Constitutionalism**. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1988.
- MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.
- MILLER, Charles A. **The Supreme Court and the Uses of History**. Cambridge: Harvard University Press, 1969.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Brasília: UNB, 1982.
- MONTESQUIEU. **Lettres persanes**. Paris: GF- Flammarion, 1964.

- MONTESQUIEU. **The spirit of laws**. Encyclopaedia Britannica Inc. n. 38. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1952.
- NELSON, William E. **Marbury v. Madison- the Origins and Legacy of Judicial Review**. Lawrence: The University of Kansas Press, 2000.
- SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1995.
- SCHWARTZ, Herman (ed.). **The Rehnquist Court**. New York: Hill and Wang, 2002.
- SÉROUSSI, Roland. **Introduction au Droit Comparé**. Paris: Dunod, 2003.
- SOARES, Guido Fernandes Silva. **Common Law**. Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999.
- SPANN, Girardeau A. **The law of affirmative action**. New York: New York University Press, 2000.
- STOLLEIS, Michael, **History of Social Law in Germany**, Berlin- Heidelberg, 2014.
- SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. 2ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.
- SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. 3ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997.
- SUSTEIN, Cass. **Radical in Robes, Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. New Cork: Mentor, 1994.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **Lembranças de 1848 - As Jornadas Revolucionárias em Paris**. São Paulo: Cia. das Letras, 1991.
- TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003.
- TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003.
- TUSHNET, Mark. **A Court Divided - the Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law**. New York: Norton, 2005.

TUSHNET, Mark. **Making Civil Rights Law**. New York: Oxford University Press, 1994.

WEBER, Max. **Law in economy and society**. New York: Simon and Schuster, 1967.

WELLINGTON, Harry H. **Interpreting the Constitution, The Supreme Court and the Process of Adjudication**. New Haven: Yale University Press, 1991.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation - Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review**. Lawrence: The University Press of Kansas, 1999.

WOLOCH, Nancy. **Muller v. Oregon, a Brief History with Documents**. Boston: Bedford, 1996.

ZWEIGERT, Konrad e KOTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Detalhes do(s) autor(a/es)

**Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

Livre docente em Teoria Geral do Estado pela USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston, em Direito Constitucional pela PUC-RS, em Direito Tributário pela – UFC e em História do Direito na Faculdade de Direito da UnB. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC-SP. Advogado. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2987368350054932>. Orcid:

**Juliana Daher Delfino Tesolin,**

Mestre em Direito pelo Uniceub. Assessora-chefe da Corregedoria Nacional do Ministério Público CNMP. Professora da graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Brasília -FPMB. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8936580205833327>. Orcid: