

# FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO CONSTITUCIONALISMO NORTE AMERICANO: CONHECENDO O PASSADO PARA COMPREENDER O PRESENTE

Marcus Firmino Santiago<sup>1</sup>

Daniel Corrêa Szelbracikowski<sup>2</sup>

Fernando José Longo Filho<sup>3</sup>

Resumo: O constitucionalismo moderno tem seu berço na Revolução Americana, momento em que muitas das instituições que ainda hoje orientam a formação e funcionamento dos Estados foram concebidas e diversas ideias foram tiradas dos livros e transformadas em realidade. Sempre que mudanças de rumo no constitucionalismo norte americano se avizinham, como parece acontecer neste momento em que se inicia o governo de Donald Trump, olhares de preocupação se dirigem para aquele país. Momentos assim também estimulam debates acerca do seu modelo constitucional, o que justifica o resgate de alguns importantes elementos históricos que ajudam a compreender sua formação e principais características.

Palavras-Chave: Revolução Americana. Teoria Constitucional. Judicial Review. Edward Coke.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado. Professor do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Advogado

<sup>3</sup> Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Procurador do Distrito Federal

## HISTORICAL AND CONCEPTUAL FOUNDATIONS OF AMERICAN CONSTITUTIONALISM: KNOWING THE PAST TO UNDERSTAND THE PRESENT

**Abstract:** The modern constitutionalism was born at the American Revolution, a time when many of the institutions that until present times govern the formation and operation of the States were designated and many ideas were taken from books and turned into reality. Whenever changes course on North American constitutionalism ahead, as seems to happen with Donald Trump government, concerned eyes look over the country. These moments also stimulate debates about its constitutional model, which justifies the rescue of some important historical elements that can help to understand its formation and main features.

**Keywords:** American Revolution. Constitutional Theory. Judicial Review. Edward Coke.

### INTRODUÇÃO



É inegável a influência que o constitucionalismo norte americano exerce sobre todos os sistemas estatais ocidentais. Berço das Constituições escritas, os Estados Unidos também forneceram fundamentos conceituais essenciais à organização do Estado contemporâneo, com suas experiências de separação de poderes ou de controle judicial de constitucionalidade, apenas para citar as mais lembradas.

Uma mudança política tão radical como a que se desenha no horizonte após a eleição do candidato republicano Donald Trump à Presidência chama a atenção novamente para as particularidades do sistema constitucional daquele país. Várias dúvidas surgem a partir das mudanças de rumos que se avizi-

nham em temas como imigração, direitos reprodutivos ou igualdade racial. E qualquer análise crítica que se pretenda fazer acerca destes temas demanda amplo conhecimento acerca das estruturas e tradições jurídicas daquele país.

Este estudo se justifica pela busca por resgatar os fundamentos históricos e conceituais que orientaram a formação do constitucionalismo norte americano, com destaque para a influência decisiva do pensamento de Sir Edward Coke, jurista inglês do Século XVII. Embora muito lembrado quando se discute as origens do controle judicial de constitucionalidade das leis – o *judicial review*, nem sempre o papel que representou para os fundadores dos EUA é compreendido em toda sua amplitude. É preciso conhecer o passado para compreender o presente e projetar o futuro.

Daí que o objetivo da investigação é situar historicamente o conceito de Constituição no âmbito da sociedade norte americana ao tempo do período compreendido entre a independência das então 13 (treze) colônias e a ratificação da Constituição de 1787, destacando a influência que o pensamento do juiz Edward Coke exerceu na concepção do sistema jurídico norte americano.

Para tanto, é necessário compreender o impacto do modo de organização da vida política e de operação do sistema jurídico ingleses no processo de construção do constitucionalismo norte americano. Busca-se, com base nestes elementos, perceber em que ponto a tradição inglesa foi fraturada, colocando-se em marcha o desenho de um sistema próprio e profundamente inovador que, embora atrelado ao passado colonial, agregou diversos novos elementos.

Para tanto, o estudo se baseia em pesquisa bibliográfica, priorizando a análise de autores que se debruçam sobre a tradição anglo saxã e resgatam elementos e dados que permitem compreender e analisar a realidade das décadas que medeiam o período de formação do Estado e da Constituição norte ameri-

cana.

## 1. O MOMENTO DE FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO AMERICANA

### 1.1. A TRADIÇÃO INGLESA E OS CONFLITOS COM A METRÓPOLE

A Revolução Gloriosa inglesa teve enorme repercussão nas colônias americanas. A afirmação da soberania do parlamento era considerada pelos colonos norte americanos como uma grande vitória dos direitos e das liberdades, tanto que preferiam ser intitulados como ingleses leais à Coroa do que norte americanos, atribuição que se revestia de caráter pejorativo antes da Independência<sup>4</sup>.

Do ponto de vista conceitual, a transformação do regime inglês que atribuiu a soberania ao Parlamento impactou também as colônias, na medida em que se firmou, no seio delas, a compreensão de que a soberania parlamentar está atrelada à noção de representação política, isto é, de que a atuação do Parlamento somente vincula porque há o consentimento manifesto dos representantes do povo<sup>5</sup>.

Embora os habitantes da América do Norte tivessem orgulho de pertencer à Grã Bretanha, a partir de 1748 as relações com a metrópole estremeceram na medida em que esta modificou seu padrão de relacionamento com as colônias, tentando manter um controle maior sobre os governos locais. São apontados quatro fatores para essa mudança: 1) crescimento populacional das colônias, em razão de novas ondas migratórias; 2) rivalidades entre potências europeias que se manifestavam por guerras coloniais e ameaças de perda de territórios; 3)

---

<sup>4</sup> PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte americana*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011. p. 98.

<sup>5</sup> PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte americana*. Op. cit., p. 98.

tentativa de encerrar o regime de “negligência” em relação aos domínios ultramarinos durante o período da Guerra de 7 (sete) anos<sup>6</sup> mediante a diminuição do poder das assembleias locais que tinham adquirido grande autonomia; 4) diminuição de poderes dos governadores indicados pela Coroa em virtude do aumento de prestígio das lideranças locais<sup>7</sup>.

Nesse cenário, a Inglaterra, almejando aliviar os seus problemas financeiros e, simultaneamente, aumentar a autoridade sobre seus domínios, passou a se valer de mecanismos de controle de comércio e criação de tributos, o que gerou reações entre os dominados. Um desses casos foi a Lei do Selo, promulgada em 1765, que consistia na cobrança de uma taxa sobre todos os jornais, livros e documentos publicados nas colônias. Essa lei foi revogada no ano seguinte em razão da forte reação popular. Em 1767, foi promulgado um conjunto de leis criando tributos – o *Townshend acts*.

Para se contrapor a essa investida tributária inglesa, os colonos se insurgiram com o argumento central de que, se a metrópole impunha tributos mediante aprovação do Parlamento, era imprescindível que se fizessem representar na assembleia de *Westminster*<sup>8</sup>. Questionavam, assim, a autoridade e legitimidade das suas decisões, às quais impunham forte resistência.

A argumentação dos colonos sempre teve como referência a Constituição inglesa<sup>9</sup>. Kramer aponta que esta se as-

---

<sup>6</sup> A Guerra dos setes anos foi travada entre a França (e seus aliados) e a Inglaterra (e seus aliados) no período compreendido entre 1756 a 1763. Terminou com a vitória dos ingleses.

<sup>7</sup> PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte americana*. Op. cit., p. 103-104.

<sup>8</sup> PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte americana*. Op. cit., p. 106-107.

<sup>9</sup> DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano (1774-1776). *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 6. 2010. p. 36.

sentava na ideia de consentimento,<sup>10</sup> daí o estreito vínculo entre Parlamento e representação. Sinaliza também que a mudança nessa Constituição costumeira, que não se materializava em um único documento escrito, ocorria por meio de dois princípios: o consentimento e a prescrição<sup>11</sup>.

O consentimento dos representantes no Parlamento pode modificar a Constituição inglesa, desde que acrescido da prescrição. Isto é, por se tratar de uma Constituição costumeira, é importante que essa modificação efetivamente gere um precedente, uma aplicação. E Kramer ilustra esse conceito com o evento do *Boston Tea Party*.<sup>12</sup>

Uma melhor ilustração do papel do precedente é a resposta americana ao Ato do Chá de 1773, no qual efetivamente reduziu o preço do chá, mas, de uma maneira que, o poder im-

---

<sup>10</sup> KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 12.

<sup>11</sup> KRAMER, Larry D. *The People Themselves*. Op. cit., p. 15.

<sup>12</sup> No original: "(...) A still better illustration of the role of precedent is the American response to the Tea Act of 1773, which actually reduced the price of tea, but in a way that implied Parliament's power to impose duties for the purpose of raising revenue and so compelled colonial rebels to destroy the tea rather than permit it to be landed. Under existing trade rules, tea was deemed 'imported' once it had arrived in a colonial port. If the tea were not offloaded within twenty days, it would be seized by customs officials who would retain a portion to satisfy import duties. Once in harbor, moreover, a ship bearing tea could not leave without obtaining a pass from Crown officials and could not return to England without violating laws against colonial re-exportation. This put the colonists in a bind. If a ship bearing tea had entered a colonial port, it would not be permitted to leave without offloading its cargo. If the ship did offload, a duty would be paid. If it did not, customs officials would seize the tea and, once again, a duty would be paid. Either way, London would get its precedent. It might be a flawed precedent, but from the Americans' perspective, even a tarnished precedent was to be avoided. Most colonies sidestepped the dilemma by warning pilots to anchor their ships outside the legal limits of the harbor. But the captain of the Dartmouth ignored this advice and led several ships into Boston harbor anyway, leading to the Boston Tea Party. The Whigs of Boston had not wanted to destroy the tea, and they negotiated frantically to find another solution. But time ran out, and on the nineteenth day after the ships reached Boston—the day before its cargo would become forfeit and entered in customs house records—they concluded that they had no choice but to destroy the goods. (...)". Tradução nossa livre do inglês, KRAMER, Larry D. *The People Themselves*. Op. cit., p. 18.

plícito do Parlamento de impor deveres para o propósito de levantar receitas e compelir os rebeldes coloniais a destruir o chá em vez de permitir o seu descarregamento. De acordo com as regras comerciais existentes, o chá era considerado importado uma vez tivesse chegado a um porto colonial. Se o chá não fosse descarregado no prazo de 20 (vinte) dias, seria apreendido pelos oficiais alfandegários que reteriam uma parte para satisfazer os deveres de importação. Uma vez no porto, mais do que isso, um navio transportando chá não poderia deixar o porto sem obter autorização dos oficiais da Coroa e, logo, não poderia retornar a Inglaterra sem violar as leis contra reexportação colonial. Isso colocava os colonos em uma encruzilhada. Se o navio transportando chá entra em um porto colonial, não seria permitido deixá-lo sem descarregar a sua carga. Se o navio descarregasse, um imposto seria pago. De qualquer maneira, Londres teria seu precedente. Seria um precedente defeituoso, mas para a perspectiva dos americanos, mesmo um precedente maculado devia ser evitado. A maioria dos colonos se esquivou do dilema advertindo aos pilotos para ancorarem seus navios fora dos limites legais dos portos. Mas o capitão do Dartmouth ignorou esse aviso e, de qualquer maneira, conduziu vários navios ao porto de Boston, provocando o Boston Tea Party. Os Whigs de Boston não queriam destruir o chá e negociaram freneticamente para encontrar outra solução. Mas o tempo passava e, no décimo nono dia que o navio havia chegado ao porto de Boston – no dia anterior ao que a carga seria confiscada e ingressaria nos registros oficiais do porto de Boston – eles concluíram que não tinham outra saída que não a de destruir os bens. (...).

O episódio do Boston *Tea Party* ilustra a importância do evento, do precedente para a transformação da Constituição inglesa. O descarregamento do chá significaria a validação de um tributo imposto pelo Parlamento inglês sem a representação das colônias. O Boston *Tea Party*, além de ter desencadeado os (assim apelidados pelos colonos) Atos Intoleráveis, que precipitaram a Independência dos Estados Unidos<sup>13</sup>, demonstram como a lógica jurídica inglesa operava nas colônias america-

---

<sup>13</sup> PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte americana*. Op. cit., p. 112.

nas.

A batalha jurídica pelo impedimento de concretização de precedentes favoráveis ao Parlamento existia, porém estava vinculada também à interpretação que os colonos conferiam à Constituição inglesa. Toda a resistência americana tinha por base a invocação de direitos fundados na Constituição inglesa, o que encontrou ressonância na metrópole, onde os *Whigs*<sup>14</sup>, segmento mais identificado com a tradição da Revolução Gloriosa, consideravam “ilegal, inconstitucional e tirânico” o tratamento conferido por Londres aos rebeldes.<sup>15</sup>

Esses eventos de imposição tributária eram considerados arbitrários pelos colonos e culminaram com a realização do I Congresso Continental na Filadélfia, em 1774, e do III Congresso Continental em 1776 quando, finalmente, proclamou-se a Independência.<sup>16</sup>

## 1.2. CONCEBENDO A CONSTITUIÇÃO

Por volta de 1774, além da guerra hermenêutica sobre o sentido do vocábulo Constituição, tornaram-se comuns as menções às Constituições americanas, ou seja, às cartas por meio das quais o Rei concedia uma série de prerrogativas administrativas e que permitiam aos colonos um relativo grau de auto-

---

<sup>14</sup> De acordo com MAYER, no centro do constitucionalismo *Whig* estavam duas premissas. A primeira era de que o governo existia essencialmente para proteger os direitos individuais e a segunda era de que a função principal da Constituição era limitar e controlar o poder governamental que, quase paradoxalmente, tem a tendência de ameaçar os direitos individuais. MAYER, David N. *The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism*. *Washington University Law Review*. Vol. 70, Issue 1. January 1992. Available at: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol70/iss1/5](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5) Access on 15 January 2015. p. 174.

<sup>15</sup> No outro lado, estavam os *Tories*, grupo mais conservador na Inglaterra, e os colonos americanos fiéis à Coroa, que repudiavam as interpretações dadas à Constituição inglesa pelos que resistiam às emanações do Parlamento de *Westminster*. DIPPEL, Horst. *El Concepto de Constitución...* Op. cit., p. 42-43.

<sup>16</sup> DIPPEL, Horst. *El Concepto de Constitución...* Op. cit., p. 33.



determinação. As cartas reais eram documentos valiosos para os norte americanos, que delas se socorriam para pleitear direitos perante as autoridades investidas pelo Rei nas colônias:<sup>17</sup>

(...) If a constitution is a document which defines the authority and structure of a governing body, then the concept is as old as the Common Law. It had been the practice of the King to grant charters to corporate bodies which defined the rights and duties of the governing body. Every colony established in America had its beginnings under such charters. (...).

Essa noção é importante porque, com a Independência, não havia mais o Rei. Daí passou-se à contraposição entre carta e Constituição, na qual o conceito de Constituição remete à noção de autogoverno por meio do corpo legislativo.<sup>18</sup> É nesse contexto que o Congresso Continental, entidade confederativa que congregava as colônias norte americanas, em 10 de maio de 1776 recomendou a todas que elaborassem novas Constituições, antes mesmo, portanto, da própria declaração de independência.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> SURRENCY, Erwin C. The Transition from Colonialism to Independence. *The American Journal of Legal History*. Vol. 46, 2004. Available at <http://ajlh.oxfordjournals.org/content/46/1/55> p. 58-59.

<sup>18</sup> DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución.... Op. cit., p. 44-45.

<sup>19</sup> PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte americana*. Op. cit., p. 132. Os autores trazem alguns exemplos dos elementos que integravam essas Constituições (p. 135-136):

“1. Virgínia – Diante da ampla utilização de mão-de-obra escrava e da preponderância, no cenário político local, de grandes proprietários de terra, a Constituição da Virgínia, aprovada em 29 de junho de 1776, enfatizou o instituto da representação (evitando, deliberadamente, procedimentos de participação popular no governo e na aprovação de leis), com substanciais limitações censitárias ao direito de voto e com a enumeração de um rol de direitos individuais, de proteção contra o Estado. Não havia nenhum tipo de previsão quanto à possibilidade de revisão judicial, vinculada à constitucionalidade de atos normativos.

2. Pensilvânia – A Constituição do Estado da Pensilvânia foi aprovada (em 28 de setembro de 1776) mediante a forte influência de uma pequena burguesia politicamente ativa, de um campesinato organizado e de uma incipiente camada operária. Seu principal aspecto distintivo era a estipulação de práticas voltadas à participação popular e ao controle do exercício do poder. Ficou estabelecido um Poder Legislativo unicameral (com amplo sufrágio, apto a incluir a maior parte da população), um Poder Executivo em que exercem a administração colegiada o presidente e um con-

Registre-se, por outro lado, que a formação dos Estados americanos e de suas Constituições não decorreu apenas do conflito externo com a metrópole inglesa. Confluíram para a formação do ideário destes Estados os conflitos internos, ocorridos nas colônias.

Segundo Acosta Sánchez, as disputas ocorridas entre as classes dirigentes das colônias – formadas pelos donos de terras, industriais e comerciantes – e a maioria da população – constituída dos trabalhadores, artesãos e agricultores – criaram tensões que favoreceram muito mais a formação constitucional dos Estados americanos do que o próprio conflito externo. Isso porque tais embates redundaram no acesso dessas classes populares ao poder legislativo de algumas colônias e, conseqüentemente, num maior suporte popular para a guerra externa, de modo a possibilitar o processo de independência americana.

Além disso, a preocupação em manter o poder obtido da classe até então dominante gerou a criação de interessantes mecanismos jurídicos de estabilização (ou tentativa de estabilização) do poder nas primeiras Constituições dessas colônias:<sup>20</sup>

El constitucionalismo fue más producto del segundo conflicto [entre los grupos sociales de cada una de las trece colonias por el control de ellas] que del primero [la política británica], y expresión de la redistribución interna del poder que se de-

---

selho de 12 membros eleitos diretamente pelo povo, um Poder Judiciário composto por juízes com mandato, passíveis de remoção a qualquer momento, assim como um Conselho de Censores, formado por homens livres eleitos em cada condado para fiscalizar o efetivo e integral cumprimento da Constituição. A carta possuía uma declaração de direitos.

3. Nova York – A Constituição do Estado de Nova York não era precedida, como na maior parte das Cartas estaduais, por um Bill of Rights. O texto, aprovado em 20 de abril de 1777, estabeleceu um Poder Legislativo bicameral (com maiores poderes à Câmara Alta), procurou estabelecer um sistema de controle recíproco entre os Poderes Executivo e Legislativo (mediante o instituto do veto) e criou um Conselho de Revisão, formado pelo próprio governador e quatro juízes da Suprema Corte Estadual, que tinha a atribuição de vetar, justificadamente, alguma lei que fosse considerada inconstitucional.”

<sup>20</sup> SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 74.

sencadenó cuando las clases populares decidieron con su intervención el destino de la guerra de independencia. El fenómeno central fue su acceso al poder legislativo.

Com efeito, Pensilvânia, Virgínia e Massachusetts tinham em comum sua formação e administração por famílias tradicionais inglesas que professavam a fé Quaker, Calvinista e Anglicana, respectivamente. Essas famílias enfrentavam insurgências dos camponeses do oeste e da pequena burguesia, os quais professavam outras religiões (luteranos, congregacionistas, batistas, presbiterianos, metodistas, etc) e possuíam outras culturas originais. Eram formados, em sua maioria, por trabalhadores de origem escocesa, irlandesa, alemã ou holandesa.

O ocorrido na Pensilvânia é exemplo paradigmático dessa luta de classes e da derrota das classes dominantes. Os camponeses não aceitavam o agravamento da carga tributária, a ausência de apoio à guerra contra os índios e as restrições religiosas impostas pela fé dos *quakers*. Em função dessa disputa gerada por antagonismos raciais, políticos, econômicos e religiosos, a maioria do povo conseguiu o controle político da Pensilvânia em 1776.

Para manter essa situação de fato é que foi elaborado um texto constitucional bastante avançado para a época, destacando-se a criação de um procedimento especial e mais difícil para a reforma da Constituição; a previsão de controle constante do poder legislativo pelo povo, mediante a abertura das sessões legislativas ao público; a publicação de todos os processos legislativos e projetos de lei antes da última leitura e votação, dentre outras inovações. Além disso, a Constituição da Pensilvânia previu um Conselho de Censores, cuja finalidade era controlar a constitucionalidade das leis.

Surgia, então, o primeiro órgão de controle de constitucionalidade de leis, um avanço democrático marcante para a época que inaugurava a própria concepção jurídica de Constituição como norma jurídica suprema, em detrimento da concepção puramente estatutária ou política de Constituição, ado-

tada, por exemplo, pela Constituição da Virgínia:<sup>21</sup>

La principal virtualidad de aquella Constitución [da Pensilvania] consistió, por todo ello, en poner a la luz fundamental diferencia entre la concepción puramente estatutaria, o política, de la constitución y su concepción jurídica como norma suprema. Es esa aportación la que diferencia cualitativamente a la Constitución de Pensilvania de la de Virginia, aprobada tan solo tres meses antes.

Considerada a carta mais democrática que um Estado americano já teve, a Constituição da Pensilvânia influenciou decisivamente os textos adotados em outros Estados americanos, tais como as de Delaware, Maryland e Vermont.

Todos esses mecanismos, que redundavam na dificuldade de reforma da Constituição, na transparência e no controle do poder legislativo, tinham o propósito de impedir o retorno das famílias tradicionais inglesas ao poder daquela colônia, o que acabou ocorrendo posteriormente, em 1789.

É nessa paisagem que os americanos passaram a formular o seu próprio conceito de Constituição, sendo a elaboração de Casca, registrada por Dippel, uma das mais sofisticadas e que corresponde ao sentido moderno de Constituição, especialmente no que diz respeito à Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico. Dippel sintetiza do seguinte modo aquele conceito<sup>22</sup>:

Un Estado puede dividirse en tres partes, primero, una Declaración de Derechos. En segundo lugar, una Constitución. En tercer lugar, las Leyes. La primera de estas partes puede compararse con un tronco. La segunda con las ramas y la tercera con los frutos del árbol.

(...)

En primer lugar, la Declaración de Derechos debería incluir necesariamente los derechos naturales de los hombres libres y los principios esenciales de un Estado libre, entre los que se encuentran la libertad de conciencia, las elecciones anuales, la libertad de prensa, el juicio con jurado, el carácter temporal

<sup>21</sup> SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución...* Op. cit., p. 81.

<sup>22</sup> DIPPEL, Horst. *El Concepto de Constitución...* Op. cit., p. 53-55.

de los cargos públicos, la representación igualitaria, etcétera. Esta Declaración debería ser intangible. La más mínima violación de cualquiera de sus disposiciones, ya provenga ésta del poder legislativo, de los Tribunales de Justicia o del Pueblo, debería ser siempre castigada como alta traición al Estado.

(...)

En segundo lugar, una Constitución debería incorporar una sección que contuviese las disposiciones destinadas a la aplicación práctica de la Declaración de los Derechos, como por ejemplo: las normas para articular la representación, la regulación de los Tribunales de Justicia, la previsión de la limitación temporal de los cargos públicos, el procedimiento de aprobación y de aplicación de las leyes, etcétera. Estas disposiciones, tanto por su naturaleza como por su objeto, podrían ser susceptibles de reforma si bien la introducción de cualquier cambio debería contar con el voto favorable de tres cuartos, o cuatro quintos de los votos de los miembros del poder legislativo y, no podría alterar el contenido de la Declaración de Derechos.

(...)

En tercer lugar, las Leyes deberían regular la existencia cotidiana y la propiedad y nunca deberían entrar en contradicción ni con la Declaración de Derechos ni con la Constitución. Las leyes son fruto de los preceptos constitucionales y deberían ser aprobados por la mayoría de los miembros del poder legislativo.

Registre-se também que o princípio de separação de poderes encontrava-se espreado pelas recentes Constituições das colônias e permeava já o imaginário social da época, como assinala Dippel:<sup>23</sup>

Junto a esta estrecha relación que existe entre un ‘Sistema de Gobierno limitado’ y un Gobierno representativo, hay también que reparar en las conexiones que se establecen entre el primero de esos conceptos y el principio de la separación de poderes. La Declaración de Derechos de Virginia disponía, en tal sentido, en su artículo 5 que ‘Los Poderes Legislativo y Ejecutivo de un Estado deberían encontrarse separados y diferenciados del Judicial’. La Declaración de Derechos de Mary-

<sup>23</sup> DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución.... Op. cit., p. 66.

land de 3 de noviembre de 1776, por su parte, planteaba la cuestión de manera más rigurosa, colocando al judicial al mismo nivel que a los otros dos poderes, y utilizando una formulación que sería emulada, seis semanas después, por la Declaración de Derechos de Carolina del Norte: ‘Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de un Estado deben permanecer siempre separados, y diferenciados, unos de otros’.

O princípio da separação de poderes é uma marca também da influência de Montesquieu no período pré-Constituição norte americana. Apesar de Montesquieu ser um pensador de certa forma conservador, cuja ideia da separação de poderes nasceu de uma crítica ao modelo inglês de “soberania” do parlamento como *locus* de representação do povo, sua doutrina de freios e contrapesos e obra “Espírito das Leis” influenciaram profundamente Blackstone que, ao lado de Edward Coke, era um dos juristas mais lidos pelas colônias americanas na época.<sup>24</sup>

Isso explica a razão pela qual o sistema parlamentarista inglês passou a ser visto como inconciliável com a separação de poderes de Montesquieu a partir do distanciamento surgido entre os colonos norte americanos e a Inglaterra no período da independência. Surgia, assim, a noção corrente em solo americano de que a doutrina da separação de poderes constituía a guardiã primeira da liberdade. Bergman explica este processo da seguinte maneira<sup>25</sup>:

With the estrangement from England, colonists recognized the irreconcilability between Montesquieu’s separation of powers doctrine and the Parliamentary system of checks and balances propounded by British loyalists. After Thomas Paine exposed the English system of checks and balances as a farce in his pamphlet *Common Sense*, Americans recognized the separation of powers as the primary guardian of liberty. While these political sentiments existed independently of Mon-

---

<sup>24</sup> BERGMAN, Matthew P. Montesquieu’s Theory of Government and the Framing of the American Constitution. *Pepperdine Law Review*. Vol 18, Issue 1. 1991. p. 17. Available at: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol18/iss1/3>

<sup>25</sup> BERGMAN, Matthew P. Montesquieu’s Theory of Government... Op. cit., p. 20.

Montesquieu's doctrine, The Spirit of the Laws allowed for the transmutation of partisan grievances into a coherent and respectable body of political doctrine. It is therefore not surprising that Montesquieu's influence can be seen in the Declaration of Independence.

O princípio da separação adquiriu, assim, contornos próprios e centrais no modo de pensar constitucional norte americano.

Questão também fundamental no constitucionalismo norte americano é o *locus* da soberania. Com a Declaração da Independência, os colonos se deparam com o vazio da soberania, na medida em que não havia mais o Monarca ou o Parlamento. Assim, a solução foi o seu deslocamento para o povo.<sup>26</sup>

Essa mudança do *locus* da soberania do Estado para o povo era uma ruptura radical com a cosmovisão então vigente e foi fundamentada, do ponto de vista teórico, nas ideias de contratualistas como Locke, Pufendorf, Burlamaqui, Vattel e Rutherford<sup>27</sup>. A perspectiva de que o Estado tem sua origem no contrato social entre os cidadãos é o substrato teórico para substituir o conceito de soberania real outorgada por Deus.

Esse substrato teórico contratualista é uma das razões pelas quais foi necessária a elaboração de uma Constituição escrita que corporificasse o contrato social, o que ocorreu com a famosa expressão do preâmbulo da Constituição “Nós, o povo”. Corporificar o Contrato Social em um documento, isto é, a positivação da Constituição, representava uma novidade. Atrelada a esse fato, a criação do mecanismo de emenda reforçou seu valor como norma fundamental que tinha como propósito manter a soberania nas mãos do povo.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución.... Op. cit., p. 56.

<sup>27</sup> GREY, Thomas C. Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought. *Stanford Law Review*, Vol. 30, Issue 843, 1977-1978. p. 840-841.

<sup>28</sup> Nesse contexto, é importante mencionar a perspectiva de que muitos defendiam que a Constituição deveria ser renovada a cada 25 (vinte e cinco) anos: “Sólo un pequeño paso separa ya a esta idea de una Constitución que hay que modificar en

### 1.3. TRAÇOS MARCANTES DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS

Todas estas ideias estavam ainda muito vivas quando, 11 anos após a Independência, pôs-se em marcha o processo de unificação dos 13 Estados.

Seguindo a tradição já consolidada, tinha-se como certo que o passo inicial para nascimento do novo país seria uma Constituição. Esta, por seu turno, foi elaborada tendo por base não apenas a dimensão teórica da soberania popular, mas foi guiada por fatores de ordem prática relacionados à necessidade de estabilização política.

O medo do populismo pairava ao tempo da Convenção da Filadélfia, em 1787, uma vez que existia ainda o temor da revolta popular no âmbito daqueles conflitos internos já referidos.<sup>29</sup> Nesse contexto, faz todo o sentido a frase de Alexander Hamilton no *paper* nº 51 do Federalista: “a ambição deve conter a ambição”. O princípio da separação de poderes, segundo os federalistas, impediria que houvesse o domínio da minoria sobre a maioria, bem como o contrário, isto é, evitaria – teoricamente – o populismo.<sup>30</sup>

O sistema de escolha presidencial norte americano por

---

intervalos temporales regulares de la concepción – muy pronto postulada y defendida por Jefferson, Paine y otros muchos – de que una Constitución no puede obligar a la siguiente generación y que, por tanto, debería ser renovada cada veinticinco años.” Essa concepção é interessante porque atribui à nova geração a tarefa de atualizar o texto constitucional, e não ao Poder Judiciário. É nessa linha de raciocínio que se pode entender a criação do processo de reforma constitucional, na medida em que somente ao povo é atribuída a prerrogativa de mudar a Constituição. DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución.... Op. cit., p. 49-50.

<sup>29</sup> DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución.... Op. cit., p. 57.

<sup>30</sup> Sobre a natureza fortemente conservadora do processo constituinte dos Estados Unidos, veja-se SANTIAGO, Marcus Firmino *et alii*. Quais eram os Sonhos dos Pais Fundadores? Uma análise do processo histórico de formação do Estado norte americano. *NOMOS. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Vol. 36, n. 2, jul./dez. 2016.



meio de um colégio eleitoral se insere também nessa lógica. O que para muitos é considerado um anacronismo na atualidade era visto pelos *pais fundadores* como um meio de evitar o populismo demagógico, na medida em que a virtude republicana deveria ser a principal qualificação do governante,<sup>31</sup> tanto que o primeiro Presidente do novo país foi George Washington, general vitorioso na guerra de Independência.

A formação do Poder Judiciário como instância autônoma está também permeada por essa necessidade de se criar um sistema de freios e contrapesos apto a impedir a predominância, seja da maioria, seja da minoria. A lógica era de que a disputa e a competição dos poderes impediriam qualquer tipo de tirania, assegurando, ainda, a integridade do texto constitucional.

Por outro lado, se existia consenso sobre o caráter da Constituição como norma suprema, não havia sobre a quem caberia exercer o controle de constitucionalidade das leis e, assim, garantir que sua autoridade não fosse corroída tanto por medidas dos Estados membros quanto dos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>32</sup>

Se, para os Federalistas, conforme registrado no *paper* nº 78, a competência do Poder Judiciário para declarar a nulidade de normas inconstitucionais era algo evidente, no âmbito da vivência das atividades judicantes a questão era mais problemática. Embora não seja tema muito comentado, é certo que houve grande resistência a esta prerrogativa. Na visão de autores que compunham o grupo denominado os *Antifederalistas*, essa competência outorgada ao Poder Judiciário era totalmente arbitrária.

---

<sup>31</sup> ACKERMAN, Bruce A. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 1279.

<sup>32</sup> DIPPEL, Horst. *El Concepto de Constitución...* Op. cit., p. 72.

Em livro organizado por Morton Borden<sup>33</sup> foram selecionados 85 textos Antifederalistas, os quais foram dispostos de maneira a corresponderem aos 85 textos dos Federalistas. Nos *papers* Antifederalistas nºs 78 e 79 encontram-se críticas abertas aos poderes outorgados à Suprema Corte, pois estaria se consagrando um tribunal que não se vinculava ao Parlamento, era independente do povo e de qualquer outro poder debaixo da terra.<sup>34</sup>

Como se sabe, a prerrogativa judicial de analisar a constitucionalidade das leis – o *judicial review* – não só prevaleceu como acabou por se mostrar um dos alicerces do constitucionalismo norte americano. E, já que se pretende revisitar amplamente a formação deste modelo, é inevitável que se busque compreender melhor as causas subjacentes a esta escolha.

Destaque-se que, nesse cenário de intensos debates de ideias que viriam a ser incorporadas pela Constituição, Edward Coke capitaneava o grande “manual jurídico” da era pré-constitucional norte americana.<sup>35</sup> Daí a relevância de se compreender como o pensamento de Coke repercutiu na prática jurídica norte americana no período que antecedeu a elaboração do texto constitucional.

## 2. A DOUTRINA DE EDWARD COKE E A SUA INFLUÊNCIA SOBRE O CONSTITUCIONALISMO NORTE AMERICANO

Edward Coke foi um importante jurista inglês dos séculos XVI e XVII que atuou não apenas como juiz, mas também

---

<sup>33</sup> A versão aqui utilizada foi editada por Bill Bailey, tendo por base a seleção de textos elaborada por Morton Borden. BAILEY, Bill (org.). *The Antifederalist Papers*. Available at [www.thefederalistpapers.org](http://www.thefederalistpapers.org) Access on 26 oct. 2016.

<sup>34</sup> BAILEY, Bill (org.). *The Antifederalist Papers*. Op. cit.

<sup>35</sup> MAYER, David N. *The English Radical Whig...* Op. cit., p. 176-179.

na função de parlamentar.<sup>36</sup> Defendeu a supremacia do *Common Law* sobre o parlamento<sup>37</sup> e o conceito de “*artificial reason*”, segundo a qual os juízes deteriam um conhecimento específico que lhes permitiria reconhecer a essência da *Common Law* para aplicá-la aos casos concretos.<sup>38</sup> Sua doutrina defendia a autonomia dos juízes em relação à Coroa nesse específico mister de julgar<sup>39</sup> e teve grande repercussão nas colônias ingle-

---

<sup>36</sup> Edward Coke nasceu em 1º de fevereiro de 1552 em Mileham Norfolk e faleceu em 03 de setembro de 1634. Contrapôs-se teoricamente a Hobbes e Bodin, conforme explica STRECK: “Figura exponencial no nascimento do constitucionalismo inglês, Sir Edward Coke (1552-1634) foi presidente da Common Pleas (Tribunal de Petições Comuns) desde 1603 até 1613, e presidente, até 1616, do King’s Bench. Edward Coke era um grande teórico que se contrapunha a Jean Bodin e Thomas Hobbes, que, aliás, dedicou-lhe a obra *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England* (1666, publicada em 1781). Como bem assinala Matteucci, em certos aspectos Coke pertence ao passado, uma vez que foi o grande inventor do mito da Magna Carta; em outros aspectos foi o precursor de uma solução alternativa para a construção jurídica do Estado, ao princípio da soberania que levará a uma cada vez mais estreita identificação do direito com a força, do ius com o iussum. É necessário identificar os momentos importantes de seu pensamento, a partir dos inúmeros Reports por ele redigidos que não deixaram de fascinar até mesmo o seu adversário Francis Bacon. O pensamento de Coke encontrou logo uma expressão orgânica nos quatro volumes dos *Institutes of the Laws of England* (1628, 1642, 1644, 1644), considerados uma das mais importantes obras de jurisprudência inglesa” STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 362-363.

<sup>37</sup> “Contra as pretensões absolutistas dos Stuarts, Sir Edward Coke invocava um direito superior à prerrogativa régia e ao direito estatutário: era o direito proveniente da Common Law, de cuja interpretação os juízes eram donos e senhores.” STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Op. cit., p. 362.

<sup>38</sup> A propósito vide: BOYER, Allen Dillard. “Understanding, Authority, and Will”: Sir Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review. *Boston College Law Review*. Volume 39, Article 2, Issue 1. Number 1, 1998; CORWIN, Edward S. The “higher Law” background of American constitutional law. *Harvard Law Review*, v. XLII, n. 2, December, 1928; HELMHOLZ, R. H. Bonham’s Case, Judicial Review, and the law of Nature. *Journal of legal Analysis*. Volume 1, n. 1, 2009. Available at <https://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>; e SMITH, George P. II. Dr. Bonham’s Case and the modern significance of Lord Coke’s influence. *Washington Law Review*. Vol. 41, 1966.

<sup>39</sup> Segundo STRECK, “o projeto constitucional de Edward Coke, naquela época de crise [da Inglaterra], resulta suficientemente claro: de um lado estabelece a autonomia do Poder Judiciário frente ao Poder Executivo (prerrogativa real); de outro, no momento em que o parlamento se convertia em um órgão legislativo, transfere a

sas na América do Norte.

De fato, na formação dos Estados americanos houve situações em que a declaração de Coke no *Dr. Bonham's case*<sup>40</sup> foi interpretada por representantes das treze colônias como significativa da superioridade do *Common Law* sobre as leis do Parlamento. Por exemplo, com base na declaração de Coke, James Otis Jr. declarou, durante a luta sobre os “writs of assistance”, que era dever dos tribunais ignorar leis do Parlamento contra a Constituição e contra a equidade natural (“*against the constitution and against natural equity*”). Além disso, quando a

---

função judicial, que era própria do Poder Legislativo enquanto “Alto Tribunal, aos tribunais de Common Law, considerados por Coke como leões que deveriam manter sob o império da lei tanto o rei quanto o Parlamento” STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Op. cit., p. 365.

<sup>40</sup> O *Bonham's case* foi julgado em 1610 na “Court of Common Pleas”, sob a coordenação do “Chief Justice”, Edward Coke. Discutiu-se naquele caso se o *Royal College of Physicians*, uma espécie de conselho de medicina, poderia exigir que um médico, Dr. Bonham, graduado pela Universidade de Cambridge, obtivesse licença para praticar a medicina em Londres. Além disso, discutiu-se sobre a possibilidade de aquele conselho aplicar penas de multa e de prisão na hipótese de exercício da profissão sem sua autorização. A grande questão é que as referidas limitações ao exercício da profissão estavam amparadas em poderes outorgados pelo Rei da Inglaterra e confirmados pelo Parlamento. A decisão da Corte foi favorável ao médico. De acordo com Coke, o regulamento deveria ser interpretado de acordo com a vontade de quem o editou. Nesse sentido, além de estabelecer a distinção entre as penas de prisão e de multa, Coke assentou que a pena de prisão apenas seria aplicável a um médico não licenciado que causasse danos no exercício da profissão. O médico não poderia ser apenado se praticasse a medicina sem causar danos a ninguém. Além disso, Coke assentou que o *College* não poderia impor a multa prevista, pois metade de seu valor era a ele destinado. Se assim procedesse, estaria julgando em causa própria. É no contexto desse argumento que consta a célebre passagem sobre a preponderância do *Common Law* sobre os atos do parlamento que deu origem a disputas doutrinárias sobre o sentido e alcance dessa expressão: “*The censor cannot be judges, ministers, and parties; judges to give sentence or judgment; minister to make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture (...)* the Common Law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will control it, and adjudge such an Act to be void.” (Trecho da decisão de Coke extraído de VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 47)

Lei do Selo, de 1765, foi declarada inválida pela Assembleia Massachusetts foi afirmado que esse estatuto seria "*against Magna Charta and the natural rights of Englishmen, and therefore, according to the Lord Coke, null and void*".<sup>41</sup>

É importante retomar a ideia de que, nesse período colonial, os “americanos” não se consideravam um povo distinto do da metrópole inglesa, mas cidadãos com iguais direitos e deveres, o que os levou à célebre declaração “*No taxation without representation*”. Isso significa que os americanos contemporâneos aos Constituintes não queriam inicialmente a revolução, mas sim que fossem devidamente tratados como cidadãos ingleses. Para contribuírem com a arrecadação de tributos para a Coroa Britânica, deveriam gozar de representação na tomada de decisões a esse respeito. A esse propósito, Jorge Miranda assenta o seguinte:

A atitude das constituintes não foi, pois, tanto uma atitude voluntarista – como se exibira em França pouco depois – quanto uma atitude cognoscitiva à imagem da que se adoptava em Inglaterra. Um racionalismo, sempre temperado pelo empirismo, e nunca desligado de um sedimento religioso, foi aí um meio ou caminho para organizar uma união de Estados Livres.<sup>42</sup>

Exatamente porque não se consideravam cidadãos distintos dos da metrópole inglesa, era o direito inglês e seus costumes que prevaleciam e inspiravam os americanos no período pré-independência:

Os pais da Constituição não desconheciam, contudo, as obras filosóficas, políticas e jurídicas que, a partir de Locke, tinham versado os problemas do poder e não podiam deixar de sofrer

---

<sup>41</sup> BOWEN, Catherine Drinker. Lord of the Law, The fathers of American independence founded their case on “that wonderful Edward Coke ... masterful, masterless man,” who made two English kings bow to the Common Law. *American Heritage*. Volume 8, issue 4, 1957.

<http://www.americanheritage.com/content/lord-law?page=show>. Acesso em 19 de junho de 2016. p. 172.

<sup>42</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 84.

a sua influência. A circulação de ideias entre as duas margens do atlântico era intensíssima no século XVIII, e, assim, eles, naturalmente, vieram a receber muitos dos esquemas doutrinários da Grã-Bretanha e da França.<sup>43</sup>

Isto é confirmado por Dippel: “El 6 de diciembre de 1775 el Congreso [da Pennsylvania] afirmó categóricamente que ‘Es de la Constitución de la Gran Bretaña de donde proviene nuestro más valioso legado tanto de derechos como de obligaciones’”<sup>44</sup>.

Daí se afirmar que “(...) o Direito constitucional dos Estados Unidos brota do sistema jurídico inglês e do pensamento político do século XVIII, postos perante as condições peculiares da América do Norte”,<sup>45</sup> sendo que o ensino, as tradições e a prática jurídicas foram herdadas do direito inglês,<sup>46</sup> em especial da tradição do Século XVII com Coke e os Whigs.

Os Americanos reconheciam, assim, que a Constituição Inglesa – seus costumes e tradições – albergava a proteção dos direitos individuais como princípios fundamentais, o que propiciou que utilizassem essa proteção para salvaguardar os seus direitos em face do absolutismo imperial sobre as colônias.

Tais concepções eram fruto da adoção pelos americanos da posição de Edward Coke, que descartava a possibilidade de outras fontes do Direito proverem respostas aos problemas ingleses, tais como a eclesiástica, dos mercadores, romana ou marcial, e a rejeição a Blackstone, jurista que, na Inglaterra do Século XVIII, suplantou Coke em influência e, impregnado por uma visão mais conservadora, desenvolveu a tese da soberania parlamentar, tão fortemente repudiada pelos americanos no momento da independência.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Op. cit., p. 84.

<sup>44</sup> DIPPEL, Horst. *El Concepto de Constitución...* Op. cit., p. 58.

<sup>45</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Op. cit., p. 84.

<sup>46</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade*. Op. cit., p. 66.

<sup>47</sup> David Mayer explica que os americanos rejeitavam frontalmente a noção de soberania parlamentar vigente na Inglaterra graças à influência de Blackstone, afirmando

Segundo Edward Coke, o *Common Law* seria independente e autossuficiente para tanto, mediante a análise pelos juízes dos precedentes antigos sobre os problemas jurídicos que se apresentassem na sociedade. É o que explicita Crye na seguinte passagem:

Throughout his legal career Coke virulently defended the position that de Law of the land meant only the English Common Law, and not ‘the Law of Chancery, Ecclesiastical Law, the Law of Admiralty...the Law of the Marchants, the Martial Law, and the Law of the State.’<sup>48</sup>

Crye<sup>49</sup> demonstra que, neste contexto pré-revolucionário, circulavam as ideias contratualistas, segundo as quais o poder tinha origem no povo, de modo que a autoridade do soberano decorreria de um acordo entre este e os governados:

In the eighteenth century it was popular knowledge that Charles I had been executed for violating his compact with the English and Scottish people. At the end of his trial, the head of the court told the king:

There is a contract and a bargain made between the King and his people, and your oath is taken: and certainly Sir, the bond is reciprocal...Sir, if this bond be once broken, farewell sovereignty

With this in mind, the colonists believed that the king had not

---

a titularidade popular do poder soberano como elemento central ao processo revolucionário: “(...) the foundation of the American republic lay in the principle the Declaration of Independence enunciated, that governments derive their just powers from ‘the consent of the governed.’” MAYER, David N. *The English Radical Whig...* Op. cit., p. 204.

Sobre o princípio da soberania parlamentar vigente na Inglaterra do Século XVIII, dizia Blackstone: “Parliament, Blackstone concluded, can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have scrupled to call it’s power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what they do, no authority on earth can undo.” BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England.* apud MAYER, David N. *The English Radical Whig...* Op. cit., p. 202.

<sup>48</sup> CRYE, Jason S. Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke’s contribution to the anglo-american legal tradition. *The Journal Jurisprudence.* n. 235, 2009. Available at <http://www.jurisprudence.com.au/juris3/crye.pdf>. p. 245.

<sup>49</sup> CRYE, Jason S. Ancient Constitutionalism. Op. cit., p. 244.

only broken ‘the original contract with his there kingdoms, ‘but he also violated the original contract of the settlement and government of [the] colonies’.

Esse pressuposto contratualista teria sido reconhecido na Magna Carta, o que justificava a crença dos americanos de que, ao impor deveres aos colonos que fossem contrários aos princípios ancestrais, o Rei da Inglaterra afrontaria o *Common Law* e quebraria o pacto existente entre ele o povo inglês/americano, esvaziando sua soberania sobre eles:

One of the great premises of American political theory is that all Just authority comes from the people, under God. The people delegate to the government an amount of power that they deem prudent, and reserve for themselves al other powers and rights. (...) Perhaps the most prominent ancient constitutional principle is the concept of the original contract between the English people and their ruler. As we have seen, the concept was personified by the Magna Carta and it was certainly in the minds of the colonists during the controversy between Great Britain and the thirteen colonies<sup>50</sup>.

Tomando como exemplo a discussão havida no *Calvin’s case*,<sup>51</sup> James Wilson, autor da época da Independência, assentou que os ingleses que haviam ido para as colônias americanas levaram com eles os direitos fundamentais decorrentes da Constituição britânica, pois “*were not conquered, but settled at private expense under royal charters*”.<sup>52</sup>

Conforme explicita Crye<sup>53</sup>, comparando as colônias com a Irlanda, J. Wilson assentou que os americanos, legítimos representantes do povo anglo-saxão, não estariam sujeitos aos atos do parlamento se estes contrariassem os direitos fundamentais inscritos no *Common Law*. Comparou a situação, ainda, àquela vivida pelos britânicos quando da convenção dos

---

<sup>50</sup> CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 243-244.

<sup>51</sup> Foi uma decisão proferida em 1608 que estabeleceu que uma criança nascida na Escócia, após a coroação de James VI no trono inglês, deveria se tratada de acordo com a *Common Law* inglesa.

<sup>52</sup> CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 255.

<sup>53</sup> CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 254-261.



barões em *Runnymede* que levou à promulgação da Magna Carta e sua imposição ao Rei João sem terra.

Observe-se que a supremacia dos direitos fundamentais decorrentes do *Common Law* era um dos sentidos da doutrina de Coke, segundo a qual os costumes e as experiências deveriam sobressair à opinião ou a um racionalismo meramente abstrato:<sup>54</sup>

In a statement that rings of Coke's influence Wilson states that, 'the most significant, and the most effectual source of the Law is custom' because custom 'involves in it internal evidence, of the strongest kind, that the law has been introduced by common consent; and that this consent rests upon the most solid basis – experience as well as opinion'.

Estes fatores levaram Coke a estabelecer a “noção de *artificial reason*”. Exatamente porque o *Common Law* seria composto pela sabedoria acumulada das gerações anteriores, refinada através das experiências sucessivas, e não pelo resultado de reflexões filosóficas abstratas, Coke sustentava que era o Juiz quem deveria exercer a atividade jurisdicional.<sup>55</sup> O seu conhecimento específico e profundo a respeito dos precedentes e da tradição, obtido mediante abundante estudo e experiência,<sup>56</sup> era o que legitimava o Juiz a exercer essa função a partir do *Common Law*, e não trazendo ao caso concreto “*novel premises that exist outside of the Common Law tradition*”.<sup>57</sup>

No “*case of proclamations*” (e também no *writs of prohibition*),<sup>58</sup> por exemplo, Coke expressamente assentou que

---

<sup>54</sup> CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 261.

<sup>55</sup> “The weight of tradition is particularly acute in the Common Law, which is composed of ‘the wisdom of generations, as a result not of philosophical reflexion but of the accumulations and refinements of experience’”. CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 249.

<sup>56</sup> “(...) what judges must use is an ‘artificial reason’ a skill requiring ‘long study and experience’ with the Common Law.” CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 250.

<sup>57</sup> CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 250.

<sup>58</sup> “Na sentença sobre os writs of prohibition, datada de 13 de novembro de 1608, Coke teve um violento enfrentamento com o rei Jaime I. Explicando: o arcebispo Canterbury, irritado pela invasão que os tribunais de Common Law faziam na juris-

o Rei não poderia alterar o *Common Law*, caracterizado como “*the rights of the people [that] consists of their customary privileges and practices, and these may be amended only with the consent of their elected representatives*”,<sup>59</sup> estando o monarca, portanto, a ele adstrito. Coke afirmou que “*the King cannot change any part of the Common Law, nor create any offence by his proclamation, which was not an offence before, without Parliament*”.<sup>60</sup>

Já no *Calvin’s Case*, Coke sabia que, se preponderasse a visão do Rei, de que alguém não treinado nas leis pudesse dizer o direito, então, para além do perigo ao *Common Law*, em termos práticos a autoridade e utilidade dos juízes restaria severamente comprometida.<sup>61</sup>

Coke had a practical rationale for his position. He well understood Ellesmere’s maxim, *rex est lex loquens*, and recognized that if cases could be decided by the reasoning of men untrained in the law, then the law was subject to the demands of the king. If artificial reason was not used to decide cases then the opinions of judges, who possess authority because of their

---

dição eclesiástica (Alta Comissão) através dos writs of prohibition, afirmou que o rei, enquanto juiz supremo, segundo a palavra de Deus, podia avocar dos juízes as causas que entendesse conveniente. Coke contrapôs a *Common Law* à Sagrada Escritura, sustentando que, pela *Common Law*, o rei não podia julgar nenhuma, sendo que todos os casos deviam ser decididos pelos tribunais de justiça, em conformidade com a lei e os costumes da Inglaterra, existindo um Estatuto vigente desde Henrique IV, pelo qual se transferia o poder judicial do rei a diversos tribunais. O rei se ofendeu ao ouvir que estava submetido à lei, afirmando que era uma traição sustentar essa tese. Mais do que isso, disse o rei que é o rei que protege o direito, e não o direito que protege o rei; o rei faz os juízes e os bispos. Coke, entretanto, permaneceu irredutível e não abriu mão do poder judicial baseado na *Common Law*. Já no caso das Proclamações, que eram ordenações de caráter administrativo, de origem real, pelas quais o rei regulava determinadas questões, houve um novo conflito entre a prerrogativa real e a jurisdição da *Common Law*. Observe-se que algumas ordenações, isso porque as ordenações não se encontravam entre as fontes do direito inglês. Mais ainda, sustentou que somente o Parlamento pode fazer leis (statutes)” STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Op. cit., p. 364.

<sup>59</sup> CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 248.

<sup>60</sup> CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 246.

<sup>61</sup> CRYE, Jason S. *Ancient Constitutionalism*. Op. cit., p. 250.

thorough knowledge of the law, have no more authority than anyone else.

Nesse mesmo sentido, distinguindo *gubernaculum* de *jurisdiction*, a decisão de Coke no *Bonham's case* teria afirmado que o Monarca não deveria atuar como Juiz para dizer o direito comum. Essa tarefa seria do Parlamento e dos Juízes em função de sua alta especialização<sup>62</sup>.

A assimilação da doutrina de Coke pelas colônias inglesas na América do Norte, tanto em relação à supremacia da *Common Law*, quanto em relação à noção de *artificial reason*, foi fundamental para justificar a posição teórica dos americanos frente ao parlamento britânico. É esse o sentido que os *founding fathers* extraíram da doutrina de Coke, o que foi de certa forma facilitado em função da própria formação histórica das colônias norte americanas.

De fato, algumas das colônias foram formadas inicialmente como companhias comerciais e, portanto, como corporações que detinham poder normativo regulamentar. Vide, a propósito, lição de Cappelletti<sup>63</sup>:

Pois bem, muitas dentre as Colônias inglesas da América ('plantations') foram, inicialmente, constituídas precisamente como companhias comerciais, e, de qualquer modo, a maior parte das Colônias foi regida por 'cartas o estatutos de la Corona'.

Estas 'Cartas' podem ser consideradas como as primeiras Constituições das Colônias, seja porque eram vinculatórias para a legislação colonial, seja porque regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias Colônias. Então, estas Constituições amiúde expressamente dispunham que as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que estas leis fossem 'razoáveis' e, como quer

---

<sup>62</sup> Por ser a *jurisdiction* tarefa comum aos juízes e ao parlamento, VICTOR sustenta que a decisão de Coke não poderia ser interpretada como uma forma de controle de atos do Parlamento pelo *Common Law* "visto que ambos eram indistintos, confundiam-se" na época. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade*. Op. cit., p. 57.

<sup>63</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992. p. 61-62.

que seja, ‘não contrárias às leis do Reino da Inglaterra’ e, por conseguinte, evidentemente, não contrárias à vontade suprema do Parlamento inglês. E foi, então, justamente por força desta supremacia da lei inglesa que, é evidente, soava em uníssonos com a doutrina da ‘supremacy of the English parliament’ – que em numerosos casos, alguns dos quais famosos, o Privy Council do Rei decidiu que as leis coloniais deviam ser aplicadas pelos juizes das Colônias só se elas não estivessem em contraste com as leis do Reino. Recordo, como exemplo, o caso Winthrop contra Lechmere, de 1727, e o caso Philips contra Savage, de 1737.

Em função disso, Victor sustenta que algumas das colônias Inglesas habituaram-se, ainda que timidamente, a realizar exame de compatibilidade de seus próprios regramentos, considerados de hierarquia inferior e de direito privado, com o *Common Law* inglês, indo ao encontro da ideia de Coke acerca da supremacia do direito comum inglês:

O importante de tudo isso é que as colônias inglesas da América do Norte, e agora retorna-se ao ponto principal desse tópico, foram constituídas e eram consideradas espécies de corporações. Assim, aos poucos foram estabelecendo suas instituições, governos, legisladores e os seus judiciários próprios, mas eram, como as corporações, e uma vez colônias inglesas, compreendidas como entidades que poderiam produzir suas próprias ordens jurídicas, porém estas apenas seriam consideradas válidas se não conflitassem com o *Common Law*, com o direito do *realm*.

(...)

Surgiram as primeiras decisões de Cortes coloniais que, timidamente invalidavam, nos casos concretos em exame, normas da própria colônia, por vezes invocando a tradição do *Common Law* esposada por Coke no Dr. *Bonham's Case*, outras vezes conclamado o direito natural como superior e fundamental, cujo prestígio havia sido resgatado nas colônias a partir da ampla divulgação da obra de Locke<sup>64</sup>.

Não se nega, outrossim, que no contexto dos fatos históricos que marcaram a revolução e independência Americana,

---

<sup>64</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade*. Op. cit., p. 72-74.

teria havido uma “evolução” do direito inglês por um direito criado não apenas pelos legisladores, mas também pelo judiciário. É o que afirma Streck:<sup>65</sup>

A Constituição americana procurou resolver o problema, ao atribuir ao Congresso e ao sistema judiciário federal a responsabilidade de determinar a maioria das questões da lei substantiva. Uma parte seria reservada aos tribunais (e legislativo) estaduais, mas somente no que se referia a questões locais. Mas o tipo de direito a ser aplicado deveria ser resolvido pela suprema corte. De qualquer sorte, a nação, devido ao trauma revolucionário e ao ódio contra os ingleses, *não aceitava a ideia de absorção do direito consuetudinário inglês*. Entre os anos de 1776 e 1820, formou-se uma jurisprudência tipicamente americana, surgindo, também, a corrente de pensamento que não atribuía grande valor ao precedente, aconselhando, inclusive, com entusiasmos, aos juízes, a criação de leis, quanto mais melhor.

Esse novo constitucionalismo foi inspirado nos ideais contratualistas que poderiam ser capturados na Carta Magna. Mas foi além. Quiseram os americanos que o contrato não fosse histórico e baseado apenas nas crenças e costumes, mas que fosse marcado por Constituições escritas, que eram também uma garantia de longevidade e uma resposta da sociedade à ausência de uma figura real, substituída pela vontade do povo (soberania popular), conforme explica Dippel<sup>66</sup>:

(...) de esta práctica histórica se acaba deduciendo la respuesta al interrogante que plantea en torno a que es lo que podría otorgar legitimidad a una nueva constitución. A fin y al cabo, la constitución de la gran Bretaña se había desmoronado con el transcurrir de los años y, con ello, las cartas de las colonias que habían sido otorgadas por el Rey. En principio europeo de la monarquía de origen divino, a partir del cual la autoridad se deriva teológicamente desde arriba, desde Dios a un monarca que actúa en la tierra en su nombre debía descartarse por completo en la medida en que en América no existía la figura regia. La alternativa solamente podría provenir de consi-

<sup>65</sup> STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Op. cit., p. 372.

<sup>66</sup> DIPPEL, Horst. *El Concepto de Constitución...* Op. cit., p. 56-57.

derar que el poder les llegaba a los gobernantes desde abajo, desde el pueblo. Esta posibilidad era, en todo caso, objeto de grandes controversias y fricciones dentro de los diferentes sectores sociales de colonias, tal y como se evidenció en la Convención de Filadelfia de 1787 que se celebró bajo la influencia de la liderada por Daniel Shays. Y es que una cosa era que se aceptase, en un plano teórico, la idea de la soberanía popular y otra muy distinta que, en la práctica, no existiesen grandes temores al populacho. Con todo, la aceptación mayoritaria de este principio era notoria sobre todo en cuanto tampoco se atisbaba ninguna otra alternativa a la vista.

Apesar disso, os americanos não se afastaram completamente do *Common Law*. A gênese de seu pensamento jurídico remonta à cultura inglesa, razão por que, apesar das diferenças verificáveis entre os dois sistemas, os americanos ainda se consideram parte da família do *Common Law*. É o que explica Streck<sup>67</sup>:

Muito embora essas sístoles e diástoles que marcaram a história norte americana, o sistema da Common Law triunfou. A língua inglesa e o povoamento originalmente inglês dos EUA, além de obras de juristas magistras entre os quais Kent, Blackstone e Story, contribuíram de forma decisiva para que os EUA adotassem essa modalidade de sistema jurídico. Não mais se discute, pois, o triunfo do Common Law! Num grande número de estados, as leis estabeleceram que a Common Law, tal como se apresentava nessa ou naquela data, era o direito em vigor no Estado. Em outros Estados, não se julgou útil fazer uma proclamação desse teor. Contudo, o conflito que, como se viu, atravessou décadas e décadas, não foi estéril, uma vez que se deu à Common Law americana características próprias e particulares em confronto com a Common Law inglesa. O direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do tipo inglês. Os próprios conceitos tornaram-se diferentes, e os dois direitos já não se identificam pela sua estrutura. Não se deve, contudo, exagerar nas diferenças. Apesar delas, existe um fundo comum aos dois direitos que é muito importante: o bastante para que os americanos se considerem membros da família

---

<sup>67</sup> STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Op. cit., p. 375.

Common Law.

A experiência histórica americana funcionou como um terreno fértil para que as ideias de Edward Coke florescessem e sobrevivessem às mudanças ocorridas no cenário institucional inglês do Século XVIII. Arraigadas na cultura colonial, no momento em que a crise com a metrópole alcançou seu ápice, indicando que o caminho natural a seguir seria a ruptura, suas lições serviram para embasar um novo modelo de separação de poderes, além de conferir uma dimensão de proteção diferenciada para a Constituição.

O conceito contemporâneo de supremacia constitucional, sustentado pelos pilares *soberania popular* e *controle judicial de constitucionalidade*, é fruto de um inventivo e inovador (ainda que, em muitos aspectos, conservador) debate cujas bases conceituais remontam ao Século XVII. A criativa síntese feita pelos líderes intelectuais da Revolução Americana entre inovação e conservação, redundando na gênese do constitucionalismo moderno, deve imensamente a Edward Coke sua existência.

## CONCLUSÃO

A formação do Estado norte americano é fruto de um momento único e extremamente rico, onde diferentes influências e experiências convergiram para formar algo realmente inovador.

Pela primeira vez o conceito de soberania popular teve espaço para ser expresso e funcionar como alicerce legitimador de um movimento político e social, redefinindo o *locus* da soberania e os próprios fundamentos de validade do poder estatal.

A necessidade de romper com um regime no qual o Parlamento era visto como arauto da opressão impôs que se redefinissem os parâmetros da separação de poderes. A busca por resgatar os valores originários da Revolução Gloriosa inglesa impulsionou a luta por liberdade, grande motor do movimento

rebelde, e propiciou a valorização de ideias como as de Edward Coke, então abandonadas na metrópole.

É fato que uma forte onda conservadora e elitista também esteve presente no processo de formação do Estado americano. Muito do que foi reivindicado eram valores defendidos por uma classe dirigente, composta por proprietários, comerciantes, intelectuais que, em nome de um suposto povo, buscaram moldar instituições jurídico estatais que atendessem a seus interesses.

De toda sorte, independentemente destes percalços, fato é que o sistema constitucional que nasce no final do Século XVIII é um legado para a civilização ocidental, funcionando, até os dias atuais e certamente ainda por muitos anos, como o paradigma que orienta o funcionamento de praticamente todos os Estados.

Por isso, toda vez que surgem discussões mais intensas sobre a Constituição americana, mesmo que, em princípio, não coloquem em sério risco sua sobrevivência e do sistema estruturado a partir desta, os olhos se voltam mais uma vez para aquele país e suas instituições. Reaviva-se o interesse por compreender sua história, tradições e legado.



## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce A. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- BAILEY, Bill (org.). *The Antifederalist Papers*. Available at [www.thefederalistpapers.org](http://www.thefederalistpapers.org) Access on 26 oct. 2016.
- BERGMAN, Matthew P. Montesquieu's Theory of Govern-



- ment and the Framing of the American Constitution. *Pepperdine Law Review*. Vol 18, Issue 1. 1991. Available at: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol18/iss1/3>
- BOYER, Allen Dillard. "Understanding, Authority, and Will": Sir Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review. *Boston College Law Review*. Volume 39, Article 2, Issue 1. Number 1, 1998.
- BOWEN, Catherine Drinker. Lord of the Law, The fathers of American independence founded their case on "that wonderful Edward Coke ... masterful, masterless man," who made two English kings bow to the Common Law. *American Heritage*. Volume 8, issue 4, 1957. <http://www.americanheritage.com/content/lord-law?page=show>. Acesso em 19 de junho de 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
- CORWIN, Edward S. The "higher Law" background of American constitutional law. *Harvard Law Review*, v. XLII, n. 2, dezembro, 1928.
- CRYE, Jason S. Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke's contribution to the anglo-american legal tradition. *The Journal Jurisprudence*. n. 235, 2009. Available at <http://www.jurisprudence.com.au/juris3/crye.pdf>
- DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano (1774-1776). *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 6. 2010.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Editorial Trotta: Madrid, 2007.
- GREY, Thomas C. Origins of the Unwritten Constitution: Fun-

- damental Law in American Revolutionary Thought. *Stanford Law Review*, Vol. 30, Issue 843, 1977-1978.
- HELMHOLZ, R. H. Bonham's Case, Judicial Review, and the law of Nature. *Journal of legal Analysis*. Volume 1, n. 1, 2009. Available at <https://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>
- KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. *Washington University Law Review*. Vol. 70, Issue 1. January 1992. Available at: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol70/iss1/5](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5) Access on 15 January 2015
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte americana*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011.
- PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the Common Law*. Indianapolis – Indiana: Liberty Fund, 2010.
- SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.
- SANTIAGO, Marcus Firmino *et ali*. Quais eram os Sonhos dos Pais Fundadores? Uma análise do processo histórico de formação do Estado norte americano. *NOMOS. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Vol. 36, n. 2, jul./dez. 2016.
- SMITH, George, P. II. Dr. Boham's Case and the modern significance of Lord Coke's influence. *Washington Law Review*. Vol. 41, 1966.
- STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- SURRENCY, Erwin C. The Transition from Colonialism to Independence. *The American Journal of Legal History*. Vol. 46, 2004. Available at <http://ajlh.oxfordjournals.org/content/46/1/55>
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.