

## Um Processo de Desmistificação: Compreendendo Criticamente o Constitucionalismo Estadunidense

### *A Desmistification Process: Embracing Critically the Constitutionalism in the United States*

#### **EMÍLIO PELUSO NEDER MEYER**

Foi Fellow no King's College Transnational Law Summer Institute (2016), desenvolveu pesquisa em nível Pós-Doutoral perante o Kings College Brazil Institute, em Londres, em colaboração com o Professor Anthony Pereira (2014-2015), recebeu o Prêmio Capes de Tese em Direito, o Grande Prêmio UFMG de Teses e o Prêmio UFMG de Teses em Direito em 2013, Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (2012), Mestrado em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (2006), ex-Bolsista do CNPQ em ambos os Cursos de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, ex-Professor Adjunto I da Universidade Federal de Ouro Preto, ex-Membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFOP, Professor Adjunto II de Teoria da Constituição, Teoria do Estado e Direito Constitucional no Curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (Mestrado e Doutorado), Graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas (2002), Membro do IDEJUST – Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição, Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito, Direito Constitucional, Constituição, Controle de Constitucionalidade, Justiça de Transição, Anistia e Direitos Humanos. Possui experiência na advocacia privada, na área de Direito Público.

**RESUMO:** O artigo, opondo-se à produção científica tradicional sobre a temática, visa apresentar uma visão crítica do constitucionalismo estadunidense. Sem afastar completamente sua importância em termos de direito constitucional comparado, ele busca, contudo, confirmar a hipótese de que este constitucionalismo tem um histórico, além de democrático, também em boa parte autoritário, especialmente centrado na manutenção de um regime de propriedade, racista e escravocrata. Longe, portanto, de um “excepcionalismo americano”, o que se pode verificar é a prevalência de um modelo em que avanços institucionais tencionam o tempo todo com negativas de direitos fundamentais e restrições à democracia. A metodologia utilizada faz uso de um aporte crítico a referenciais teóricos tradicionais, somando a eles uma análise institucional e uma verificação de clássicos precedentes judiciais que conformaram a prática constitucional daquele país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo; Estados Unidos; controle jurisdicional de constitucionalidade; escravidão; racismo; desigualdade.

**ABSTRACT:** The article, opposing itself to the traditional scientific production about the theme, aims at presenting a critical reading of United States constitutionalism. Without completely withdraw its importance for Comparative Constitutional Law, it targets, however, to confirm the hypothesis that this constitutionalism has, besides its democratic record, also an authoritarian one, essentially centered in keeping a property, racist and slavish regime. Far from “American exceptionalism”, what is plausible to verify is a model in which institutional advancements are the whole time in tension with fundamental rights and democracy restrictions. The methodology applied recurs to critical approach to traditional theoretical references, adding an institutional analyses and judicial precedents checking that formed the constitutional practice of that country.

**KEYWORDS:** Constitutionalism; United States; judicial review; slavery; racism; inequality.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Pais fundadores; 2 O *Bill of Rights* estadunidense; 3 A separação de poderes; 3.1 O Congresso; 3.2 Um Presidente pelo Colégio Eleitoral; 3.3 “O terceiro dos três”; 3.3.1 *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803); 3.3.2 *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857); 3.3.3 *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905); 3.3.4 *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944); 3.3.5 *Brown v. Board of Education* 347 US 483 (1954); 3.3.6 Uma jurisprudência em prol dos direitos fundamentais?; 4 Federalismo e direitos fundamentais; Conclusões; Referências.

## INTRODUÇÃO

Akhil Reed Amar costuma idealizar o processo de estabelecimento do constitucionalismo estadunidense como o momento mais democrático no final do século XVIII no mundo<sup>1</sup>. Não se pode, é claro, descurar do sentido exageradamente otimista dessa afirmação de Amar. Há inúmeros institutos do direito constitucional estadunidense que contribuirão para a construção do movimento constitucionalista como um todo. Entretanto, a ideia de uma “excepcionalismo americano” (“*American exceptionalism*”), por vezes mencionada mesmo entre os estudos de direito constitucional comparado de juristas daquele país, não pode levar a uma antidemocrática posição de supremacia dessa referência, incrustada em expressões como “*city on a hill*” (cidade sobre a colina) ou “líder na proteção da liberdade”<sup>2</sup>.

Mas, como destaca Sherally Munshi, nos Estados Unidos, a desigualdade racial é mantida por uma amnésia histórica e por uma pouco refletida fé na bondade do direito<sup>3</sup>. Essa afirmação nos direciona para um aporte crítico em relação ao uso que fazemos do direito constitucional comparado. Pierre Legrand apresenta duas grandes correntes do direito comparado atual<sup>4</sup>: a) uma tradicio-

1 AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House, 2010. p. 5.

2 Cf., por exemplo, JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 105.

3 MUNSHI, Sherally. *Comparative law and decolonizing critique* (August 24, 2017). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3025595>>, p. 12.

4 LEGRAND, Pierre. Jameses at play: a tractation on the comparison of laws. *The American Journal of Comparative Law*, v. 18, n. 1964, p. 2, 2017.

nal, que ele identifica com o positivismo científico, ainda tributária da relação sujeito/objeto e visando cumprir o objetivo de isolar um objeto de questões culturais e históricas que podem cercá-lo; b) uma corrente mais viva, preocupada com o estudo contextual de normas jurídicas, aberta à atividade interpretativa e ao engajamento interdisciplinar. O direito comparado deveria se aproximar do segundo empreendimento: é isto que possibilitaria que, ao lidar com o estrangeiro e o não familiar, o “comparativismo” suspendesse a normalidade autocentrada e satisfeita consigo mesma. Mais do que isso, ele poderia promover uma prática de reposicionar o jurista perante o mundo e a história.

Para enfrentar o positivismo filosófico que assola o “comparativismo”, Legrand sugere que dois processos sejam empreendidos cumulativamente: “enculturação” (*enculturation*) e “interpretação”. Conhecer e confrontar as diversas interpretações que se colocam sobre um determinado texto jurídico demonstra que a tarefa do “comparativismo” é muito mais complexa do que se imagina e demanda muito mais do que opor estruturas vazias de conteúdo. Ao traçar um paralelo com a teoria literária comparada, Sherally Munshi irá destacar que não é a justaposição que define o direito comparado, mas uma orientação que, além de intelectual, é ética. Nos Estados Unidos, a orientação ainda permanecerá eurocêntrica e é contra isto que se deve lutar<sup>5</sup>.

O caminho pode ser o de praticar um comparativismo que compreenda o caráter estrangeiro não só daqueles além da fronteira, mas dos que fazem parte do mesmo e tradicional “Estado-nação”: ele pode ser útil em identificar um pano de fundo jurídico que continuamente destaca o papel das instituições em prejuízo dos sujeitos minoritários que atuam politicamente. Não será à toa que Munshi tomará como referência o trabalho de Manisha Sinha, *“The slave’s cause: a history of abolition”*, para destacar que foi a resistência escrava, e não o liberalismo burguês, o principal fator de movimento de libertação contra a escravidão<sup>6</sup>.

É sobre esse paradigma que o presente artigo visa se debruçar sobre o constitucionalismo estadunidense. Para além de um estudo deferente que res-

---

5 “O Eurocentrismo pode descrever modelos convencionais de pesquisa nos quais o Ocidente é imaginado como agente da história universal e o restante é medido em termos de sua semelhança com aquele. Ou pode se referir à confiança de que o Ocidente é a mais atualizada fonte de esclarecimento no mundo moderno ou de ideias como liberdade e igualdade. Mas em um sentido mais amplo, o Eurocentrismo se refere ao hábito geral de atribuir autoridade a apenas certas formas de conhecimento – o que podemos geralmente nos referir como racionalidade ocidental – enquanto descarta-se ou menospreza-se outras racionalidades”. Tradução livre: “Eurocentrism may describe conventional research models in which the West is cast as the agent of universal history and the rest are measured in term of their resemblance to it. Or it may refer to the confidence that the West is the ultimate source of enlightenment in the modern world, of ideas like freedom and equality. But in the broadest sense, Eurocentrism refers to the general habit of attributing authority to only certain forms of knowledge – what we might generally refer to as western rationality – while disregarding and disparaging others” (Idem, p. 24).

6 SINHA, Manisha. *The slave’s cause: a history of abolition*. New Haven: Yale University Press, 2016.

saltaria o “excepcionalismo americano”, temos dois objetivos: de um lado, não deixar de apresentar a estrutura básica que conforma institucionalmente esse sistema constitucional; de outro lado, assumir uma posição crítica a respeito de ganhos institucionais e decisoriais, principalmente aqueles formativos do trabalho da Suprema Corte americana. Busca-se comprovar a hipótese de que, longe de uma “platitude constitucional”, uma maior atenção a diversos momentos constitucionais indicará muito mais um constitucionalismo marcado por tensões. Como não poderia ser diferente, tais tensões vão indicar não poucos momentos de autoritarismo e restrição de liberdade e igualdade<sup>7</sup>.

## 1 PAIS FUNDADORES

Em 18 de setembro de 1787, logo após ser promulgada por seus elaboradores, uma cópia da Constituição estadunidense foi enviada de navio para a Grã-Bretanha<sup>8</sup>. O fato é simbólico para demonstrar o impacto que essa prática constitucionalista teria ao redor do mundo. Contra uma metrópole que, cada vez mais, buscava superar a relação de uma relativa autonomia para as colônias no curso dos séculos XVII e XVIII, os colonos envolveram-se em diversos eventos que catapultaram a Revolução Americana de 1776. O imposto do selo, que custearia a defesa das colônias, fora instituído sem a representação no Parlamento inglês por meio do *Stamp Act* (1765), dando espaço para o brado “*no taxation without representation*”. A imposição de novo tributo com os *Townshend Acts* levou a que, em 1770, ocorresse o Massacre de Boston, que deixaria cinco mortos. Em 1773, o *Boston Tea Party* contaria com o despejo de litros de chá na Baía de Boston em protesto contra a permissão de participação da Companhia das Índias Ocidentais no mercado americano<sup>9</sup>.

Toda essa conjunção de fatores impulsionaria a Revolução Americana e devem eles ser somados à realização do Primeiro (1774) e Segundo (1775-1788) Congressos Continentais. Em 4 de julho de 1776, no contexto do Segundo Congresso Continental, Thomas Jefferson participa como um dos principais redatores da Declaração de Independência, um marco na história política mundial. Ela tornaria independentes as treze colônias e permitiria a existência de treze novos Estados soberanos. Em 1781, tais Estados congregam-se em uma

---

7 Um desses momentos de autoritarismo mais marcantes corresponde à resposta aos ataques de 11 de setembro de 2001, especialmente com as consequências de implementação do *Patriot Act*. Limites de espaço, contudo, impedem que a questão seja adequadamente posta aqui. Para uma discussão mais profunda dessa temática, cf. ARATO, Andrew. The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship. *Constellations*, v. 9, n. 4, 2002, p. 457-476; KOH, Harold. Can the President be Torturer in Chief. *Indiana Law Journal*, v. 81, p. 1145-1167, 2006.

8 JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 6.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 39.

confederação, preservando, assim sua soberania por meio dos *Articles of Confederation*. Mas tal acordo não seria suficiente para controlar os anseios díspares de cada um dos participantes, o que levaria à necessidade de uma revisão, prevista para acontecer na Convenção de Filadélfia, a ter início em 14 de maio de 1787. Tal convenção, contudo, abandonaria os objetivos iniciais para se estabelecer como verdadeiro poder constituinte, buscando estabelecer uma “união mais perfeita”. Uma vez que Rhode Island não havia enviado representantes, os delegados dos doze Estados terminaram por, em 17 de setembro de 1787, aprovar o texto que seria submetido à ratificação<sup>10</sup>.

Um dos principais fatores a motivar a Convenção de Filadélfia, integrada por 55 dos mais ricos homens brancos norte-americanos à época, era controlar a posição de Estados que promoviam amplos perdões de débito de devedores contumazes. Credores estavam sendo agredidos em seu direito de propriedade. Michael Mandel relembra que tanto Alexander Hamilton quanto James Madison enfatizaram o poder que uma Constituição da União teria para proteger a “boa vontade de homens de posses”. Nas palavras de Madison, “[...] interferências sobre tais males teriam, mais do que qualquer outra coisa, produzido a convenção”<sup>11</sup>.

O processo de ratificação contou com assembleias nos Estados eleitas especialmente para esse feito, consolidando o novo regime constitucional com o aceite de 9 dos 13 Estados. Aprovações iniciais aconteceram sem dificuldades; New York, porém, ratificou o texto constitucional por uma maioria de 30 votos contra 27; North Carolina e Rhode Island apenas entrariam na união em 1789 e 1790, respectivamente<sup>12</sup>. Aponte-se, em relação a esse processo, que, mesmo diante de algumas exceções, como a abertura dada pelo Estado de New York para todos os cidadãos homens, adultos e livres para a escolha dos delegados que atuariam na convenção – a ratificação era indireta, pois –, predominou a incidência de um sufrágio restrito censitário (*property qualifications*).

Se o processo que precedeu a Declaração de Independência contou com a influente publicação por Thomas Paine de *Common Sense*<sup>13</sup>, uma ode à separação da metrópole inglesa, a consolidação do regime constitucional teve o apoio dos *Federalist Papers*. De fato, o processo de ratificação criou uma oposição entre federalistas, como James Madison, George Washington e Alexander Hamilton, e antifederalistas, como George Mason, Elbridge Gerry e Richard Henry Lee. Foi então que Hamilton, Madison e John Jay publicaram uma série

---

10 Idem, p. 16-17.

11 MANDEL, Michael. A brief history of new constitutionalism, or “how we changed everything so that everything would remain the same”. *Israel Law Review*, v. 32, n. 2, p. 271, 1998.

12 AMAR, Akhil Reed. *America’s Constitution: a biography*. New York: Random House, 2010. p. 6-7.

13 PAINE, Thomas. *Common sense*. Mineola: Dover Publications, 1997.

de ensaios entre 1787 e 1788 em jornais de New York buscando convencer os cidadãos daquele Estado a pressionar seus delegados pela federação. Os escritos se tornariam uma importante fonte de compreensão da Constituição e um cânone do direito constitucional e da ciência política modernas<sup>14</sup>.

Em seus sete artigos e suas vinte e sete emendas constitucionais, a Constituição dos Estados Unidos da América seria sempre lembrada por seu caráter conciso. Comparativamente, ela aponta para rumos diversos de matrizes constitucionais contemporâneas: ao invés de pura e simplesmente manter um histórico *law of the land*, ele consagraria institutos de *common law*, como os precedentes e o *statutory law*, mas indicaria a necessidade de uma perenidade a partir dali, de um poder constituinte que, ao mesmo tempo em que estabelecia quem era o chamado *We the people* (“Nós, o povo”), era também por ele constituído. Tal fator remeteria a um suposto paradoxo daquele, algo como o autor de um documento que o assina, mas que é por ele também *constitucionalizado*<sup>15</sup>. Como salientado, um importante constitucionalista da atualidade, Akhil Reed Amar, veria justamente nesse fato a coroação do que de mais democrático se pôde produzir naquele momento em todo o mundo – é contra essa imagem que este artigo se posiciona<sup>16</sup>.

## 2 O BILL OF RIGHTS ESTADUNIDENSE

O texto original da Constituição estadunidense foi inicialmente econômico em palavras voltadas a reconhecer direitos fundamentais. O art. III, seção 3, cuidou de tentar evitar que o crime de traição pudesse fazer com que a oposição política viesse a ser criminalizada; o art. VI trata da proibição de que o critério religioso governe o acesso a cargos públicos; o art. I, seção 9, cuida da garantia do *habeas corpus*<sup>17</sup>, além de proibir leis *ex post facto*, ou seja, normas retroativas, principalmente em matéria penal; o mesmo dispositivo, somado à sua seção 10, proíbe o *bill of attainder*, é dizer, uma disposição ou decreto

14 MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*: edited and with an introduction by Michael A. Genovese. New York: Palgrave MacMillan, 2009. p. 13.

15 Uma interessante abordagem desse suposto paradoxo em relação à Declaração de Independência – muito mais, diríamos, uma tensão constitutiva – pode ser encontrada em DE VILLE, Jacques. Sovereignty without sovereignty: Derrida's declarations of independence. *Law and Critique*, 19, n. 2, p. 46 e ss., 2008.

16 AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House, 2010. p. 5.

17 Como mencionam Stephens Jr. e Scheb II (STEPHENS JR., O. H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law, volume I: sources of power and restraint*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2008. p. 18), em *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004), a Suprema Corte decidiu que Cortes federais teriam jurisdição sobre pedidos de *habeas corpus* movidos por acusados detidos na prisão de Guantánamo. Não se deve ignorar que, durante a Guerra de Secessão, Abraham Lincoln autorizou que o General Winfield Scott suspendesse o *habeas corpus* no território entre Washington e Filadélfia. Um dos presos durante o período de suspensão, o confederado John Merryman, levou seu caso perante o Presidente da Suprema Corte, Roger Taney, que decidiu que apenas o Congresso, não o Presidente, poderia suspender o writ. Lincoln ignorou a decisão de Taney (DUEHOLM, James. Lincoln's suspension of the writ of *habeas corpus*: an historical and constitutional analysis. *Journal of the Abraham Lincoln Association*, v. 29, n. 2, 2008, p. 49).

extintivo de direitos que não observe um processo judicial prévio. Também o art. I, seção 10, busca evitar que os Estados diminuam a força vinculante dos contratos.

Para os propósitos deste artigo, é importante destacar que o texto original, além de ter sido ratificado sem consideração de escravos negros como cidadãos, ainda era explícito em cancelar o regime escravocrata. Ele estabeleceu um uso claramente instrumental da raça e da escravidão para definir a chamada *three fifths compromise clause*, pela qual os Estados sulistas escravocratas teriam sua população considerada para fins de proporção às cadeiras na Câmara dos Representantes acrescida à razão de 3/5 da população negra escrava (art. I, seção 2). É claro que isto detinha um pressuposto de “subcidadania”, para dizer o mínimo: negros eram considerados simbolicamente em importância menor que os brancos. Além disto, o governo federal seria proibido de extinguir o comércio interestadual de escravos até 1808 (art. I, seção 9), além dos Estados “livres” permanecerem obrigados a “devolver” escravos que tenham fugido para seus territórios (art. IV, seção 2)<sup>18</sup>.

É contudo o *Bill of Rights* que estabelecerá uma declaração de direitos na Constituição estadunidense, fazendo vencer o ponto de vista de Thomas Jefferson por esse caminho e colocando de lado a perspectiva de James Madison. Em setembro de 1789, doze emendas foram aprovadas, sendo que, ao final, dez delas seriam ratificadas. A 1ª Emenda contém diversas disposições liberais: a) a *Establishment Clause*, que proíbe o estabelecimento de uma religião pelo Estado; b) a *Free Exercise Clause*, que define a liberdade religiosa; c) liberdade de expressão, pormenorizada em liberdade de manifestação e liberdade de imprensa; d) a liberdade de associação; e) o direito de petição. Já a 2ª Emenda trata do controverso e discutível direito de portar armas e, também, dos Estados defenderem-se por milícias organizadas<sup>19</sup>.

A 3ª Emenda define restrições de requisição militar de domicílios sem a autorização de seus proprietários. A 4ª Emenda proíbe revistas e apreensões desarrazoáveis conduzidas por policiais ou agentes de Estado. A 5ª Emenda traz importantes garantias no âmbito da acusação criminal: a) prévio indiciamento

---

18 TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analyses*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, posição 693.

19 Em *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), a Suprema Corte declararia inconstitucional lei federal reguladora da fiscalização do comércio de armas inconstitucional, não por violação da 2ª Emenda, mas da Décima, definidora da autonomia dos Estados da federação. John Paul Stevens, juiz aposentado da Suprema Corte, recentemente, diante das inúmeras mortes causadas por armas nos Estados Unidos, defendeu a revogação da 2ª Emenda: STEVENS, John Paul. Repeal the Second Amendment. *The New York Times*, 27 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/03/27/opinion/john-paul-stevens-repeal-second-amendment.html>>. Acesso em: 10 abr. 2018. Em uma maioria apertada de 5 a 4, a Suprema Corte reconheceu, em *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), que a 2ª Emenda atribuiria um direito ao porte de armas desconectado do emprego por milícias. É essa maioria conservadora que não cessa de dar ao constitucionalismo estadunidense o caráter autoritário aqui invocado.

por júri para acusações de crimes graves; b) proibição de um duplo julgamento pelo mesmo fato ou garantia de *ne bis in idem* (*double jeopardy*); c) direito de não produção de prova contra si próprio. É também a 5ª Emenda que cuida de regular o uso arbitrário do domínio eminente pelo Poder Público, ou seja, protege-se contra a requisição civil arbitrária. Além disto, cuida a emenda da desapropriação seguida a prévia indenização justa, na chamada *Just Compensation Clause*. A 5ª Emenda cuida explicitamente de proibir que o Poder Público afete a vida, a propriedade e a liberdade individuais sem devido processo legal (*due process of law*), direito também previsto e estendido aos Estados na 14ª Emenda<sup>20</sup>.

A 6ª Emenda estende os direitos do acusado no processo criminal. Ela garante o direito a um julgamento público e célere e a um júri imparcial. Garante o direito de interrogar testemunhas, o direito a intimação de testemunhas que possam ser favoráveis ao réu e o direito a um advogado (*assistance of counsel*)<sup>21</sup>. A 7ª Emenda estende a competência do júri às ações civis. A 8ª Emenda regula o direito à fiança em prisões provisórias e proíbe punições cruéis e degradantes<sup>22</sup>. A 9ª Emenda estabelece a sistemática de uma definição de direitos não enumerada exaustivamente. A 10ª Emenda, por fim, estabelece uma relação entre federalismo e liberdades, proclamando que uma delegação enumerada de competências para a União e determinando que a não estipulação constitucional mantém poderes com os Estados ou com o próprio povo.

### 3 A SEPARAÇÃO DE PODERES

A separação de poderes viria a ser um dos elementos centrais do constitucionalismo norte-americano, ao lado do federalismo e do *judicial review*. Pela separação de poderes constitucionalizada, buscava-se depurar o poder a ser exercido por um único órgão – não seria à toa que James Madison, escrevendo

---

20 STEPHENS JR., O. H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law, volume I: sources of power and restraint*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2008. p. 11.

21 Inclusive, segundo a Suprema Corte, às custas do Estado nos casos de hipossuficiência [*Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963)].

22 Em *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), a Suprema Corte julgou inconstitucional a aplicação de uma pena de perda de nacionalidade para um soldado desertor. O dispositivo é hoje o âmbito de discussão da constitucionalidade da pena de morte e foi também o espaço inicial para discussão do recurso a normas de direito estrangeiro e internacional nos Estados Unidos. Em *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), a Suprema Corte decidiu que pessoas com deficiências mentais não poderiam ser submetidas à pena de morte por violação à 8ª Emenda (apesar de delegar aos Estados a competência para definir o que poderia ser considerado deficiência mental); em *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), a Suprema Corte declarou inconstitucional a pena de morte para agentes com idade inferior a 18 anos. Os *Justices* da Suprema Corte Anthony Scalia e Stephen Breyer travaram um verdadeiro confronto a respeito da possibilidade de fundamentar decisões judiciais estadunidenses em fontes estrangeiras. Para uma reconstrução desse debate, cf. CHOUDHRY, Sujit (Ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, especialmente o próprio capítulo de Choudhry, *Migration as a new metaphor in comparative constitutional law* (p. 1-37). Cf., também, SAUNDERS, Cheryl. *The use and misuse of comparative constitutional law*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 37-76, 2006.



como *Publius* em *O Federalista*, iria refutar a concentração que poderia se tornar a definição precisa de um governo despótico.

### 3.1 O CONGRESSO

A Constituição de 1787 adotou a nomenclatura semelhante utilizada pela Confederação para designar seu órgão central: um Congresso. As diferenças, contudo, seriam muitas<sup>23</sup>. Cuida-se de um órgão bicameral, em que a Câmara dos Representantes atuaria em nome do povo e mesmo o Senado, a agir em nome dos Estados, guardaria maior liberdade ao não se sujeitar a um *recall* ou cancelamento da delegação fornecida aos representantes. Esse tipo de configuração seria copiada em inúmeros países, com suas peculiaridades: assim determina a Constituição argentina de 1853, com sua revisão de 1994, que estabelece uma Câmara de Deputados e um Senado de representantes das províncias (arts. 44, 45 e 54); a Constituição australiana de 1901, embora incorpore a Rainha ao Parlamento Federal, cuida de dividi-lo em duas casas, sendo uma a Câmara de Representantes e outra o Senado, a representar os Estados da federação (arts. 1º e 7º); a Lei Fundamental de Bonn assim trata da representação popular pelo *Bundestag* e federativa pelo *Bundesrat* (§§ 38 e 50); e, é claro, a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assim o faz no art. 44.

A Constituição expressamente atribui poderes legiferantes, é dizer, poderes para criar leis, ao Congresso. De início, já apareciam preocupações constituintes com o dilatado poder atribuído ao órgão para regular e limitar diretamente liberdades individuais de modo direto. Assim, seria necessário somar ao sistema federalista dois importantes marcos do constitucionalismo: separação de poderes e bicameralismo<sup>24</sup>. Em ambos os casos, o sistema de *checks and balances* imaginado por James Madison no *Federalist Paper nº 51* contribuiria para evitar uma exacerbação das funções do Poder Legislativo<sup>25</sup>.

A organização das casas legislativas seria estabelecida de modo a compreender mandatos de 2 (dois) anos para a Casa dos Representantes e de 6 (seis) anos para o Senado, podendo os mandatos serem renovados indefinidamente. A idade mínima para se pleitear um cargo na Casa dos Representantes é de 25 (vinte e cinco) anos; no Senado, 30 (trinta) anos<sup>26</sup>. 7 (sete) e 9 (nove) anos, ao menos, de cidadania são requeridos para se almejar um mandato na casa

---

23 AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House, 2010. p. 57.

24 Idem, p. 59.

25 MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*: edited and with an introduction by Michael A. Genovese. New York: Palgrave MacMillan, 2009. p. 162.

26 O requisito de idade mínima remete a uma das várias formas pelas quais o sistema republicano estadunidense refutaria o sistema monárquico inglês: as chances de um bem abastado filho se utilizar de vínculos de parentesco para aceder a um cargo legislativo diminuiriam com tal medida (AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House, 2010. p. 70-71).

baixa e na casa alta, respectivamente<sup>27</sup>. É importante assinalar também que o art. I, seção 6, provê a imunidade parlamentar de manifestação; veja-se, por exemplo, que, em *United States v. Johnson* 383 U.S. 169 (1966)<sup>28</sup>, a Suprema Corte reconheceu que discursos nas casas legislativas não poderiam ser usados em processos criminais contra seus membros. Para fins do presente trabalho científico, não podemos ignorar o dispositivo original da Constituição (art. I, seção 2), que estabeleceu a cláusula dos 3/5 para a representação de escravos nos Estados do sul.

### 3.2 UM PRESIDENTE PELO COLÉGIO ELEITORAL

A definição pelo art. II de um forte Poder Executivo para os Estados Unidos teria influência em inúmeros modelos constitucionais, principalmente entre os países americanos. Um Executivo unipessoal congregando as chefias de Estado e governo no Presidente da República seria o paradigma no México (Constituição de 1917, art. 80), na Guatemala (Constituição de 1985, art. 182), em El Salvador (Constituição de 1983, art. 150), na Costa Rica (Constituição de 1949, art. 130), no Panamá (Constituição de 1972, art. 175), na Colômbia (Constituição de 1991, art. 115), na Venezuela (Constituição de 1999, arts. 225 e 226), no Equador (Constituição de 2008, art. 141), na Bolívia (Constituição de 2009, art. 165), no Chile (Constituição de 1980, art. 24), na Argentina (Constituição de 1994, art. 87) e no Brasil (Constituição de 1988, art. 76), apenas para ficar em alguns exemplos e tomadas todas as precauções de contexto.

Os Pais Fundadores (*Framers*) temiam que uma excessiva centralização deturpasse a instituição executiva republicana em algo monárquico. Talvez por isso tenham dedicado mais linhas ao Legislativo que ao Executivo. Propostas de um Executivo composto por três membros foram objeto de discussão. Ainda assim, prevaleceu a tese unipessoal, talvez pelo fato de que George Washington presidira Convenção Constitucional com afinco e seria o primeiro Presidente da República preocupado em consolidar um regime republicano e democrático<sup>29</sup>.

Pela Constituição de 1787, o Presidente é, juntamente com o vice, eleito para um mandato de 4 (quatro) anos. Pelo fato de a Constituição, em seu texto original, nada mencionar sobre a reeleição, seria o mesmo Washington quem inauguraria a tradição de um único segundo mandato. Essa tradição foi rompida com Franklin Delano Roosevelt, eleito para um terceiro mandato em 1940 e um

27 STEPHENS JR., O. H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law, volume I: sources of power and restraint*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2008. p. 89.

28 Na indexação utilizada para os casos decididos pelo Poder Judiciário estadunidense, a indicação entre parênteses refere-se ao ano da decisão; "U.S." é a fonte bibliográfica (*United States Supreme Court Report*), entre o volume (383) e a página (169).

29 STEPHENS JR., O. H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law, volume I: sources of power and restraint*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2008. p. 171.

quarto em 1944. A reação de um Congresso Nacional de maioria republicana levou a que se aprovasse e se ratificasse, em 1951, a 22ª Emenda, estabelecendo uma única reeleição como possível.

As eleições presidenciais são indiretas. Como estabelece a seção 2 do art. II da Constituição, cada Estado indica um número de eleitores correspondente ao número de representantes da Casa dos Representantes e no Senado. O conjunto desses “votos eleitorais” (*electoral votes*) é o que se costumou chamar de Colégio Eleitoral. Presidente e vice devem conseguir uma maioria de votos eleitorais para se consagrarem como eleitos. Em todos os Estados, a definição dos “votos populares” (*popular votes*) leva a que os delegados cumpram o desejo das urnas, exceto em Maine e Nebraska, onde há definições dependentes de distritos. Tal sistema pode levar a que um candidato que receba menos votos populares receba mais votos eleitorais e vença a disputa. Foi o que ocorreu em 1876 e 1888, com Rutherford Hayes e Benjamin Harris; o mesmo se deu na disputa entre Al Gore e George W. Bush, em 2000, tendo a Suprema Corte validado o pleito no famoso e controverso caso *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). O problema se repetiu com a vitória de Donald Trump, em 2016, contra Hillary Clinton, tendo a última candidata recebido 2,8 milhões a mais de votos populares<sup>30</sup>. Mostra-se, aqui no Executivo, mais uma faceta antidemocrática do sistema constitucional, nesse caso, de urgente reformulação.

Contrariamente a um sistema parlamentar em que vigora o voto de desconfiança de caráter político do Legislativo em relação ao Executivo, no sistema presidencialista de matriz estadunidense impera a estabilidade do Presidente da República perante as Casas Congressuais. A Constituição de 1787 estabelece, na seção 4 do art. II, que a remoção do cargo do Presidente pode ocorrer em processo de *impeachment* por condenação por traição, corrupção e outros crimes e contravenções. Há um amplo debate, mas prevalece na doutrina daquele país que tais condutas devem ter repercussão criminal<sup>31</sup>. De qualquer modo, posições que se afastam da última mencionada não deixam de enfatizar a gravidade da conduta que poderia ser imputada no processo de *impeachment*, colocando em risco o Estado como um todo<sup>32</sup>. Assim, permanece uma tensão na origem e concretização histórica do processo: se ele remonta à destituição dos Ministros do Rei na Inglaterra pós-Magna Carta<sup>33</sup>, de outro lado, sua con-

---

30 KENTISH, Benjamin. Donald Trump has lost popular vote by greater margin than any US President. *Independent*, 12 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-elections/donald-trump-lost-popular-vote-hillary-clinton-us-election-president-history-a7470116.html>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

31 STEPHENS JR., O. H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law, volume I: sources of power and restraint*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2008. p. 174.

32 BROWN, H. Lowell. *High Crimes and misdemeanors in presidential impeachment*. New York: Palgrave Macmillan, 2010. p. 122.

33 LOUGHLIN, Martin. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 256.

formação lado a lado a um Executivo forte fez com que o processo se tornasse fiel à estabilidade<sup>34</sup>.

### 3.3 “O TERCEIRO DOS TRÊS”

Entretanto, nenhum dos três Poderes sairia mais fortalecido no constitucionalismo estadunidense do que o Judiciário. Em um primeiro momento, contudo, não foi o que se deu em termos institucionais e práticos. A Constituição de 1787 foi econômica na estruturação do Judiciário, preocupando-se em dedicar mais linhas aos poderes representativos Legislativo e Executivo. O Judiciário seria “o terceiro dos três”, “*the third out of three*”; ou, como menciona Akhil Reed Amar, seria o Congresso o “primeiro entre iguais” (“*first among equals*”), com juízes vitalícios vindo por último. Isto talvez tenha sido devido a fatores de suspeita em relação aos juízes coloniais; note-se que em dez das treze colônias, os juízes presidentes ou equivalentes se puseram lado a lado com George III, e não com George Washington<sup>35</sup>.

Diz o art. III, seção 1, que haverá uma Suprema Corte investida do Poder Judiciário, assim como Cortes inferiores criadas e reorganizadas pelo Congresso de tempos em tempos. A Suprema Corte estadunidense ganhou primazia com o decorrer da aplicação da Constituição, uma aplicação que deveria se dar inclusive em oposição à legislação estatutária que lhe fosse contrária. Vigente o colonialismo, o *Privy Council* inglês invalidou mais de 450 leis contrárias ao *common law*. No período que se segue de 1776 a 1788, poucos foram os casos em que Cortes estaduais deram primazias às Constituições locais em desfavor das decisões ou provimentos legislativos. O Federalista nº 78 estabeleceu que os juízes poderiam e deveriam se refutar a aplicar leis contrárias ao manifesto teor da Constituição<sup>36</sup>.

Na sequência, vamos nos debruçar sobre alguns casos da Suprema Corte que levantaram premissas passíveis de serem consideradas antidemocráticas. Ou, adicionalmente, o que se buscará fazer é uma reconstrução narrativa que se oponha aos mitos construídos em torno de algumas posições daquela Corte.

#### 3.3.1 *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803)

Manifestação clara que deixaria marcas no constitucionalismo mundo afora aconteceria com o julgamento pela Suprema Corte do caso *Marbury v.*

34 LACOMBE, Margarida; VIEIRA, José Ribas. O *impeachment* e seu desenho constitucional conflitivo. *Jota*, 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-impeachment-e-o-seu-desenho-institucional-conflitivo>>. Acesso em: 12 dez. 2016, p. 1.

35 AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House, 2010. p. 207.

36 Idem, p. 212.

*Madison* 5 U.S. 137 (1803). Próximo do fim do mandato de John Adams, com o insucesso nas eleições de 1800, a derrota do Partido Federalista e vitória do Partido Republicano (ou Partido Democrata-Republicano, como referido atualmente pela doutrina) de Thomas Jefferson tanto na Presidência quanto no Congresso Nacional, restou ao ex-presidente utilizar-se de um artifício para manter correligionários no poder. Contando no final do mandato com uma maioria federalista no Congresso, ele conseguiu fazer aprovar o *Judiciary Act* de 1801, que criou seis novas Cortes federais regionais e dezesseis cargos de juiz, a serem ocupados por correligionários de Adams. Além disso, cargos menores no Distrito de Colúmbia também foram criados; para um deles, o de juiz de paz, Adams indicou William Marbury.

No dia 3 de março de 1801, último dia da administração Adams, John Marshall, então Secretário de Estado, terminava de entregar os termos de posse (*commission*) aos últimos dos famosos *midnight judges*, uma referência ao grupo de juízes indicados no apagar das luzes. Por uma razão desconhecida, alguns desses atos retornaram para o gabinete de Marshall, que, também, encerrava seu período no Executivo e mudava seu escritório para os diferentes locais nos quais a Suprema Corte funcionaria, chegando à presidência do órgão por designação de Adams<sup>37</sup>.

Com a posse de Thomas Jefferson como Presidente da República em 4 de março de 1801, seu Secretário de Estado, James Madison, se recusaria a entregar cópias dos termos de posse aos correligionários de Adams, incluindo, é claro, William Marbury. A contenda política chegou a uma tal temperatura em que o Congresso Nacional de maioria republicana, agora, revogaria o *Judiciary Act* de 1801 e extinguiria o ano judiciário de 1802<sup>38</sup>. Foi assim que Marbury, ao lado de outros nomeados frustrados, ajuizou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, composta, em sua maioria, por *justices* originários de indicações do Partido Federalista. Se questões de efetiva imparcialidade já rondavam Marshall e seus colegas, Jefferson já ameaçava eventual decisão concessiva com processos de *impeachment*.

A decisão de Marshall seria anunciada em 24 de fevereiro de 1803. Ele começou por reconhecer a Marbury um direito “legal e moral” à função para a qual fora indicado. Entretanto, a Suprema Corte não deteria autoridade, ou, no sistema jurídico brasileiro, *competência* (como delimitação de jurisdição), para

---

37 O famoso prédio da Suprema Corte só se tornaria sua sede definitiva em 1935; antes disto, ela ocuparia desde 1810, curiosamente, câmaras no prédio do Capitólio, sede do Legislativo estadunidense (Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/about/courtbuilding.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2016).

38 STEPHENS JR., O. H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law, volume I: sources of power and restraint*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2008. p. 37.

emitir um *writ of mandamus*, uma ordem de segurança neste caso<sup>39</sup>. Isto porque, em 1789, um outro *Judiciary Act* havia sido aprovado, atribuindo, em sua seção 13, a competência para a Suprema Corte julgar *writs of mandamus*; mas isto teria sido feito, segundo Marshall, em uma expansão da jurisdição contrária à Constituição. O caso seria que o Congresso Nacional, constitucionalmente, só poderia disciplinar competências recursais da Suprema Corte, não originárias.

O mais importante, contudo, seria reconhecer que a Constituição seria a *supreme law of the land* e que, por ser a ocupação e o dever do Judiciário dizer o que é o direito, cabe a ele reconhecer o império constitucional sobre atos ordinários. Um ato nulo que contraria a Constituição e pretende regular alguma situação jurídica deve obrigatoriamente ser repellido. No já repetido trecho da decisão: “Assim, a formulação particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, supostamente essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei avessa à Constituição é nula, e que as Cortes, assim como outros poderes, estão vinculadas àquele instrumento”<sup>40</sup>. É importante destacar que, sob a Presidência da Suprema Corte de Marshall, este seria o único caso de invalidação de uma lei congressual; porém, importantes decisões foram tomadas em relação a leis estaduais.

É claro que essa reconstrução do balanceamento entre os poderes teria efeitos para o constitucionalismo em todo o mundo. Um rico e incisivo debate teria início na filosofia política, na teoria da Constituição e no direito constitucional sobre a legitimidade do exercício do *judicial review*, colocando em discussão os próprios limites do constitucionalismo<sup>41</sup>. Por ora, contudo, lembremos que essa recomposição, somada ao sistema de precedentes idealizado entre os ingleses, permitiu a construção de um quase “direito judicial”. A legitimidade do *judicial review*, defendida por nós com base em critérios de manutenção de direitos fundamentais e devido processo legal, não é, contudo,

---

39 Note-se que o caso se tornaria, assim, uma referência em termos de reconhecimento não só do *judicial review*, mas das competências do Poder Judiciário. No Brasil, por exemplo, ao julgar a ADIn 2.797, o Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Celso de Mello, invocou justamente o caso *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803) (BRASIL, STF, ADIn 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 15.09.2005, DJ 19.12.2006, p. 459).

40 Tradução livre de: “*Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*” [*Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803)].

41 Cf., por exemplo, ZURN, Christopher. *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115, p. 1346-1406, 2006; DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1986; HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 1996; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Inítia Via, 2014; BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven, CT: Yale University Press, 1986.

uma unanimidade ante possíveis restrições ao processo democrático associadas à manutenção de interesses de maiorias políticas ou do direito de propriedade<sup>42</sup>.

### 3.3.2 *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857)

Esta seria a segunda vez em que a Suprema Corte declararia inconstitucional uma lei federal; agora, contudo, manchando a história institucional do Judiciário estadunidense. O caso envolvia um dos problemas cruciais para a própria existência do constitucionalismo estadunidense: a escravidão. Ante a manutenção do regime em diversos Estados aceita pela Constituição de 1787, diferentes “pactos” foram celebrados tentando equilibrar as forças em disputa e evitar uma ruptura do regime constitucional. O *Missouri Compromise* de 1820 era um deles – pela disposição normativa, o Estado do Missouri seria incorporado à União como um Estado escravocrata, porém parte de seu território remanesceria “livre” (próximo a seu limite sudeste).

Dred Scott era um escravo que pertencera a um cirurgião do Exército, Dr. Emerson. Emerson havia trazido Scott do Missouri, passando a viver por anos em territórios livres como Illinois e parte de Wisconsin, para só depois retornar ao Missouri. Com a morte de Emerson, Scott acabou sendo “herdado” por John Sandford, um nova-iorquino. Em 1846, Scott ajuíza uma ação contra Sandford reivindicando sua liberdade, já que teria vivido em territórios livres assim considerados pelo *Missouri Compromise*. Após o insucesso de sua demanda na órbita estadual, Scott ajuizou uma ação contra Sandford na órbita federal; novo obstáculo faria com que ele chegasse à Suprema Corte. Em 1857, o *Chief Justice* Roger B. Taney, formando uma maioria de sete dos juízes da Suprema Corte, apoiou o regime escravocrata entre os estadunidenses<sup>43</sup>.

A decisão do *Chief Justice* Taney foi odiosa em múltiplos sentidos: ela estabeleceu que não somente os escravos, mas os negros em geral nos Estados Unidos não seriam titulares dos direitos previstos na Constituição. Além disso, o *Missouri Compromise* teria agredido a 5ª Emenda ao supostamente privar proprietários de seus direitos sem um devido processo legal (*due process of law*). Aqui se firmava a diferença entre um *devido processo legal substantivo*, que permitiria ao Judiciário controlar a razoabilidade de atos estatais, e um *devido processo legal adjetivo*, relativo a questões processuais. Mais do que isso, a decisão foi um importante marco em um país claramente dividido, somando-se aos inúmeros fatores que levaram à Guerra de Secessão e só sendo superado

---

42 Para as duas posições, respectivamente, cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. New Haven, CT: Harvard University Press, 2007; MANDEL, Michael. A brief history of new constitutionalism, or “how we changed everything so that everything would remain the same”. *Israel Law Review*, v. 32, n. 2, 1998.

43 STEPHENS JR., O. H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law, volume I: sources of power and restraint*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2008. p. 41.

pelas 13ª e 14ª Emendas. Seria uma decisão que levaria a um ocaso da Suprema Corte, só a fazendo ganhar novamente proeminência no final do século XIX.

Após a Guerra Civil, a 13ª Emenda visou encerrar o regime escravocrata<sup>44</sup>. Já a 14ª Emenda buscou instituir um regime de direitos de cidadania e igual proteção, servindo de base para julgados como *Brown v. Board of Education*, como veremos. A 15ª Emenda proíbe que questões de raça ou cor sirvam de pretexto para limitações ao direito ao voto. Conjuntamente, elas formam o que se chamou de “emendas da reconstrução” (*reconstruction amendments*). No caso da última emenda constitucional, ela apresenta um singular histórico de autoritarismo e domínio partidário nos Estados do sul, cujo predomínio era do Partido Democrata apoiado majoritariamente por brancos. Com o *Reconstruction Act* de 1867 e a 15ª Emenda, afro-americanos passaram a criar um perigo para a hegemonia democrata em Estados como Mississipi, Carolina do Sul, Louisiana, Alabama, Flórida, Geórgia e Carolina do Norte. Levitsky e Zibblatt informam que, de 1866 a 1868, o percentual de negros votantes aumentou 0,5% para 80,5%<sup>45</sup>.

Assim, a resposta autoritária veio com a reforma de constituições e leis eleitorais em onze antigos Estados confederados, entre 1885 e 1908. O sufrágio censitário foi recuperado para instituir taxas de votação (*poll tax*), requisitos de renda e propriedade (*property requirements*), testes de alfabetização e cédulas com complexas descrições escritas. Com isso, o comparecimento de eleitores negros na Carolina do Sul caiu de 96%, em 1876, para 11%, em 1898; no Tennessee, em 1896, o comparecimento chegou a ser próximo de zero.

### 3.3.3 *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905)

A decisão em *Lochner* é o retrato de uma Suprema Corte ao mesmo tempo conservadora e ativista<sup>46</sup>. O tribunal declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que regulava a jornada de trabalho de padeiros em sessenta horas semanais e dez horas diárias, no máximo; de acordo com a maioria, tal disposição normativa violava o direito de liberdade estabelecido na 14ª Emenda. É interessante notar, no caso, a crítica do famoso *Justice* Oliver Wendell

---

44 Interessante argumento é aquele apresentado por Ava Duvernay em seu documentário “13<sup>th</sup>” (no Brasil, “13ª Emenda”): recorrendo ao dispositivo textual da disciplina normativa estadunidense, ela atribuirá uma ligação entre a formação do contingente populacional negro encarcerado atualmente e fim da escravidão. “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”: como o dispositivo é autorizador de trabalhos forçados como pena por condenações criminais, antigos proprietários de escravos não tardaram a acusá-los da prática de inúmeros ilícitos que pudessem mantê-los no regime revogado. Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/title/80091741>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

45 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown, 2018. p. 89.

46 FALLON JR., Richard. *The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 21.



Holmes, que considerou que a Corte claramente abraçava uma teoria econômica em um tipo de ativismo censurável do seu ponto de vista. Além disso, é possível encontrar na decisão resquícios de uma concepção de democracia atribuível a Andrew Jackson que se contrapunha a “legislações de classes”, ainda que a Suprema Corte tenha reconhecido que a legislação poderia favorecer classes de empregados sem condições de barganhar os valores de seus salários – a classe de padeiros não se encontraria entre elas<sup>47</sup>.

O precedente firmado permitiria que na década de 1930 uma verdadeira queda de braço fosse estabelecida entre a Corte e o Presidente da República Franklin D. Roosevelt, que intencionava colocar em prática sua plataforma de campanha eleitoral, o *New Deal*. Tal pacto estabeleceria uma nova relação entre Estado e sociedade, fazendo com que o Executivo expandisse sua atuação para inúmeros setores sociais. A Suprema Corte impôs sua visão sobre o *New Deal*: invalidou um sistema de pensões para ferroviários previsto no *National Industry Recovery Act* [*Railroad Retirement Board v. Alton R. Co.* 295 US 330 (1935)], a limitação de horas e fixação de salários para a indústria do carvão [*Carter v. Carter Coal Co.* 298 US 238 (1936)], uma lei que criava subsídios para fazendeiros que cumprissem determinadas cotas [*United States v. Butler* 297 US 1 (1936)], além de reafirmar que leis que fixassem pisos e tetos para salários eram inconstitucionais [*Morehead v. New York ex rel Tipaldo* 298 US 587 (1936)].

Diante de uma Corte conservadora que barrara programas iniciais, como em *Schechter Poultry Corporation v. United States* 295 US 495 (1935), Roosevelt ameaçou proceder a um aumento da composição do tribunal pela via legislativa, objetivando, ao final, formar “sua” maioria na Corte – o que ficou conhecido como *Court-packing plan* ou o plano de “empacotamento” da Corte, em uma tradução direta. A cada *Justice* com mais de 70 anos, a legislação proposta preveria a possibilidade de uma nomeação adicional correspondente. A Suprema Corte rapidamente respondeu validando o *National Labor Relations Act* (uma lei federal de relações laborais), o *Social Security Act* (lei de seguridade social), assim como leis estaduais fixando salários mínimos [*National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* 301 U.S. 1 (1937); *Steward Machine Company v. Davis* 301 U.S. 548; e, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)]. As mudanças capitaneadas mesmo por um juiz outrora oponente do *New Deal*, *Justice* Owen Roberts, ficaram conhecidas como “[the] switch in time that saved nine”.

---

47 TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analyses*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, posição 933.

### 3.3.4 *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944)

Durante a Segunda Guerra Mundial, a *Executive Order* 9066, de 1942, permitiu uma verdadeira instituição de campos de concentração no território americano destinado a cidadãos nipo-americanos. A decisão, capitaneada pelo *Justice* Hugo Black, estabeleceu que a necessidade de proteção contra a espionagem pesava mais que os direitos de cidadãos americanos de ascendência japonesa. Mais de 120.000 japoneses foram deslocados, incluindo 2/3 de cidadãos americanos, sendo destinados a campos de concentração em localidades remotas de Estados como Utah e Idaho. Fred Korematsu foi uma das pessoas que se recusou a cumprir a ordem: submeteu-se a cirurgia plástica, mudou seu nome para Clyde Sarah e passou a reivindicar fictícias descendências havaiana e espanhola. Foi preso pelo FBI e a *American Civil Liberties Union* levou seu caso ao Judiciário.

A Suprema Corte decidiu que poderia se utilizar do critério de avaliação de inconstitucionalidade de *strict scrutiny* para entender (como raramente aconteceu) que a diferença promovida pelo Executivo era razoável e não estava baseada em raça, mas em uma “necessidade militar”<sup>48</sup>. Décadas depois, em 1983, o caso foi levado novamente ao Judiciário, desta vez para que se reconhecesse que documentos oficiais do período bélico informavam não apresentarem os cidadãos de origem japonesa não apresentavam nenhuma ameaça militar aos Estados Unidos. Assim, *Korematsu* seria corrigido pela *U.S. District Court of Northern California in San Francisco* em um *writ* de *coram nobis*, procedimento destinado a corrigir erros materiais originados pela ausência de documentos nos autos originais<sup>49</sup>. *Korematsu* passou a ser visto como um caso “*anti-canon*”, ao lado de *Dred Scott* e *Lochner*<sup>50</sup>.

### 3.3.5 *Brown v. Board of Education* 347 US 483 (1954)

Até o precedente de *Brown*, a discriminação institucionalizada era a carga de vários Estados do sul. A Suprema Corte cooperou com essa marca nega-

---

48 No exercício do *judicial review*, a Suprema Corte desenvolveu três níveis para testar a legitimidade de medidas estatais que promovam diferenças sob a *equal protection clause* da 14ª Emenda. Pelo *strict scrutiny*, o Estado deve demonstrar que a classificação da minoria por ele feita atende a um convincente interesse estatal e que a classificação é necessária para atender a esse interesse. Pelo *middle tier scrutiny*, o Estado tem que demonstrar que a classificação cumpre um importante interesse estatal e que há relação substancial de promoção do interesse. O *minimum* ou *rational basis scrutiny* requer apenas a demonstração de que a classificação é racionalmente relacionada ao cumprimento de um interesse estatal legítimo. Para uma análise da legitimidade de medidas estatais perante a cláusula de igual proteção, cf. ARAÍZA, William. *Enforcing the equal protection clause: congressional power, judicial doctrine, and constitutional law*. New York e London: New York University Press, 2015.

49 A decisão corretiva está disponível em: <<https://www.aaba-bay.com/news/korematsu-vs-u-s/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

50 FALLON JR., Richard. *The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law and practice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 163.

tiva com *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). No caso, ficou consignada a doutrina dos “separados, mas iguais”: equipamentos e instituições públicas poderiam segregar, desde que o fizessem ofertando serviços equivalentes para brancos e negros. *Dred Scott* e *Plessy*, assim como a própria doutrina *Lochner* acima descrita apontam muito mais para um constitucionalismo defensor da propriedade do que da liberdade<sup>51</sup>. E, inclusive, de uma propriedade sobre escravos: o art. 1, seção 9, estabeleceu que o Congresso não poderia extinguir a propriedade de escravos por, pelo menos, uma geração, ao passo que o art. 4º, seção 2, obrigava os Estados livres a devolver escravos fugitivos.

Normalmente, a Presidência da Suprema Corte define vários aspectos do exercício da jurisdição por um bom tempo. Daí que se costuma falar de um Corte Marshall, uma Corte Taney e, mais tarde, da Corte Warren, em referência ao Justice Earl Warren, responsável por um período de vasto reconhecimento de direitos (1953-1969). *Brown* foi a mais clara afirmação da Suprema Corte em prol da igualdade racial: ela declarou inconstitucional a segregação racial escolar. É preciso lembrar que o pós-Segunda Guerra e a Guerra Fria invocavam disputas sobre liberdade, ainda que no nível retórico. A segregação racial era, portanto, um constrangimento perante a comunidade internacional<sup>52</sup>. A *National Association for Advancement of Coloured People* passou a atuar de forma mais veemente contra a segregação, principalmente por meio de boicotes e litigância estratégica, como no caso *Brown*.

Movimentos como o de Martin Luther King Jr., a relativa acolhida por Kennedy das reivindicações de afro-americanos e a abertura de Lyndon Johnson à temática impulsionaram o Congresso à adoção de instrumentos como o *Civil Rights Act* em 1964. Referida legislação proibia o uso de critérios raciais no registro de eleitores, além da segregação racial em escolas, empregos e locais públicos. Isto significa que *Brown* só produziu bons resultados? Não se deve desconsiderar que a decisão levantou sérias perguntas a respeito do que deveria ser feito imediatamente depois dela. É dizer, a doutrina da retroatividade plena seria questionada para colocar no lugar uma prospectividade “*with all deliberate speed*”, medida, em muito, por considerações pragmáticas:

Os custos sérios que a total retroatividade podem impor têm sido enfatizados em alguns casos constitucionais (federais). Declarar um programa ou instituição pública tradicional e profundamente enraizado como inconstitucional pode desordenar dramaticamente vidas de muitas pessoas. Apesar de raramente descrito em tais termos, o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Brown v. Board of Education* determinando o desmantelamento de escolas racialmente

51 MANDEL, Michael. A brief history of new constitutionalism, or “how we changed everything so that everything would remain the same”. *Israel Law Review*, v. 32, n. 2, p. 271, 1998.

52 TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analyses*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, posição 1.028.

segregadas, mas apenas “com toda velocidade deliberada”, pode ser entendido como um desses casos. Aquela decisão reconheceu sistemas educacionais em 20 estados e no Distrito de Columbia como inválidos. Eliminar imediatamente essa invalidade teria radicalmente interrompido as vidas de dezenas de milhares de estudantes, pais, professores e empregados. Como sucedeu, a implementação do julgamento de Brown se deu por décadas.<sup>53</sup>

Vizinhanças e escolas privadas permaneceram discriminando por renda. Brancos passaram a procurar escolas privadas só para brancos e escolas mais distantes. Michael Mandel destaca, nesse ponto, que “[...] a barreira econômica substituiu a barreira de cor”<sup>54</sup>. Essa afirmação, contudo, é bastante problemática. Ela coloca de lado a base de critério racial que em muito fundamentou o advento do constitucionalismo estadunidense. Mais do que isso, pretende generalizar que o critério de classe social ou renda é base de qualquer discriminação. Levar essa consideração ao extremo significa desconsiderar devidamente um critério secular de discriminação negativa racial que contribuiu historicamente para a conformação do sistema constitucional.

### 3.3.6 Uma jurisprudência em prol dos direitos fundamentais?

Não pode ser simples, contudo, pretender derivar das decisões da Suprema Corte, pura e diretamente, o reconhecimento efetivo de direitos com conseqüências benéficas. Como destaca Michael Mandel, decisões como *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), que reconheceu o direito ao aborto até o primeiro trimestre da gravidez, não levariam a uma imediata incidência de direitos<sup>55</sup>. Em *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977), a Suprema Corte reforçou que os Estados não poderiam criminalizar o aborto; entretanto, autorizaram a proibição de acesso a sistemas públicos de saúde para realizar o procedimento. Já em *Webster v. Reproductive Health Services*, 109 S.Ct. 3040 (1989), reconheceu-se a constitucionalidade de leis estaduais proibindo o acesso a equipamentos públicos para realização do aborto. Em *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992), restrições mais graves ao aborto foram implantadas em nome da viabilidade fetal. Todas essas decisões são indiferentes ao problema da desigualdade de renda entre mulheres.

De modo semelhante, decisões de reconhecimento de direitos de caráter processual penal, seja pelo reconhecimento da proibição de provas ilícitas, como em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), seja pela efetividade da não obri-

53 KAY, Richard. Retroactivity and prospectivity of judgments in American law. In: STEINER, Eva (Ed.). *Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015. p. 222.

54 Tradução livre de: “The economic barrier had replaced the colour barrier” (MANDEL, Michael. A brief history of new constitutionalism, or “how we changed everything so that everything would remain the same”. *Israel Law Review*, v. 32, n. 2, p. 282, 1998).

55 Idem, p. 284.

gação de produção de prova contra si mesmo, como em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), tiveram alcance bastante restrito. A população carcerária só aumentou, tendo principalmente negros e pobres como alvos. Isto significa que as garantias são dispensáveis? É claro que não. Mas não se pode deixar de reconhecer que mesmo uma Suprema Corte mais liberal não avançou o que deveria em termos de limitar as discriminações negativas baseadas em raça ou renda.

#### 4 FEDERALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Chave da compreensão do constitucionalismo estadunidense é o fato de que ele adotou um sistema federalista a partir de 1787, superando a antiga confederação de estados soberanos de outrora. A Constituição dos Estados Unidos define as competências do poder central, deixando de mencionar (poderes não enumerados) aquelas que seriam detidas pelos Estados. Isto tem feito com que eles ajam como laboratórios para outros Estados e para o governo central, nas palavras do *Justice Louis Brandeis*<sup>56</sup>.

Algumas definições estruturais espelham o poder central: uma delas é a separação de poderes (apenas o Estado de Nebraska não tem, contudo, um legislativo bicameral). Em alguns Estados, cargos chave no Executivo são eleitos separadamente do Governador. Em quase todos os Estados, juízes são eleitos ou designados com posteriores “referendos” sobre sua continuidade no cargo, as chamadas *retention elections*. Há casos também de indicação por governadores (em várias situações, para preencher os cargos nas Cortes Supremas estaduais) ou comissões eleitorais, seleções por mérito por comissões legislativas, eleições partidárias e eleições não partidárias com mandatos (*judgeship*) entre 6 e 10 anos<sup>57</sup>. Juízes federais, de seu lado, são indicados pelo Presidente e têm seus nomes confirmados no *Senate Judiciary Committee* para um ofício com vitaliciedade plena<sup>58</sup>.

O crescimento de poderes federais para atuar por meio de leis federais se deu na medida em que a devida interpretação sobre o significado da *Commerce Clause* passou a reivindicar regulamentação, algo que costuma ser remontado a 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission*<sup>59</sup>. O *Sherman Antitrust Act* era uma forma de expansão dos poderes federais sobre questões

---

56 TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analyses*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, posição 3.352.

57 O website *National Center for State Courts* (Disponível em: <http://www.judicialselection.us>). Acesso em: 30 ago. 2017) traz todos os métodos de acesso a cargos de juízes em cada um dos Estados norte-americanos.

58 Para uma lista dos juízes e *Justices* federais, e os Presidentes que os indicaram a partir de Roosevelt. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/apptsbypres.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.

59 TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analyses*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, posição 3.402.

econômicas; a Suprema Corte pré *New Deal* barrou sua aplicação em casos como *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895). Após a mudança na Suprema Corte favorável ao *New Deal*, reconheceu-se que o Congresso teria poderes plenos (*plenary powers*) quando questões econômicas demandassem sua atuação abrangente de vários Estados. Apenas nos anos 1990 é que uma mudança aconteceria, com a chamada “revolução federalista”: a Suprema Corte declarou inconstitucional lei federal que criminalizava o porte de armas em áreas próximas a escolas por não envolver comércio interestadual [*United States v. Lopez* 514 US 549 (1995)]. É possível, assim, notar uma deferência à autonomia federativa que, vez por outra, limita direitos fundamentais.

## CONCLUSÕES

Compreender o potencial do constitucionalismo estadunidense não pode significar tomá-lo como uma construção isenta de críticas. O “excepcionalismo americano” que está por detrás de várias concepções extremamente deferentes àquele sistema constitucional deve ser refutado. Não porque o constitucionalismo como um todo possa ser visto somente como resultado de cooptações de um Poder Judiciário preocupado em manter intocados privilégios políticos e o direito de propriedade de elites políticas dominantes. Ter em consideração essa crítica é um passo importantíssimo. Este artigo procurou demonstrar como várias instituições e discursos sobre direitos fundamentais falham no constitucionalismo americano. Mas isto não significa que ele deva ser abandonado.

Assumi-lo criticamente pode, em verdade, descortinar um “horizonte de potencialidades” que permitem que outros sistemas constitucionais, ou outros constitucionalismos, reconstruam suas próprias práticas à luz de erros cometidos em outras experiências constitucionais. *Dred Scott*, *Korematsu*, a estrutura eletiva da Presidência, a aceitação do sistema escravocrata pelo texto original de 1787, são todos momentos constituintes ao inverso: eles demonstram quais erros foram cometidos e como podemos tentar evitá-los. Em uma crescente onda internacional de autoritarismo<sup>60</sup>, é fundamental que se tenha consciência de que alguns erros constitucionais podem ser evitados.

## REFERÊNCIAS

AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House, 2010.

ARAIZA, William. *Enforcing the equal protection clause: congressional power, judicial doctrine, and constitutional law*. New York e London: New York University Press, 2015.

---

60 Cf. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown, 2018.

- ARATO, Andrew. The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship. *Constellations*, v. 9, n. 4, p. 457-476, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, CT: Yale University Press, 1986.
- BROWN, H. Lowell. *High Crimes and Misdemeanors in Presidential Impeachment*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.
- CHOUDHRY, Sujit (Ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- DE VILLE, Jacques. Sovereignty without sovereignty: Derrida's declarations of independence. *Law and Critique*, 19, n. 2, 2008.
- DUEHOLM, James. Lincoln's suspension of the writ of habeas corpus: an historical and constitutional analysis. *Journal of the Abraham Lincoln Association*, v. 29, n. 2, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1986.
- FALLON JR., Richard. *The dynamic Constitution: an introduction to American Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. New Haven, CT: Harvard University Press, 2007.
- JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2010.
- KAY, Richard. Retroactivity and prospectivity of judgments in American Law. In: STEINER, Eva (Ed.). *Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015.
- KENTISH, Benjamin. Donald Trump has lost popular vote by greater margin than any US President. *Independent*, 12 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-elections/donald-trump-lost-popular-vote-hillary-clinton-us-election-president-history-a7470116.html>>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- LACOMBE, Margarida; VIEIRA, José Ribas. O *impeachment* e seu desenho constitucional conflitivo. *Jota*, 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-impeachment-e-o-seu-desenho-institucional-conflitivo>>. Acesso em: 12 dez. 2016.
- LEGRAND, Pierre. Jameses at play: A tractation on the comparison of laws. *The American Journal of Comparative Law*, v. 18, n. 1964, 2017.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown, 2018.
- LOUGHLIN, Martin. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KOH, Harold. Can the President be Torturer in Chief. *Indiana Law Journal*, v. 81, p. 1.145-1.167, 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*: edited and with an introduction by Michael A. Genovese. New York: Palgrave MacMillan, 2009.

MANDEL, Michael. A brief history of new constitutionalism, or “how we changed everything so that everything would remain the same”. *Israel Law Review*, v. 32, n. 2, 1998.

MUNSHI, Sherally. *Comparative Law and Decolonizing Critique* (August 24, 2017). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3025595>>.

PAINE, Thomas. *Common sense*. Mineola: Dover Publications, 1997.

SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 37-76, 2006.

SINHA, Manisha. *The slave’s cause: a history of abolition*. New Haven: Yale University Press, 2016.

STEPHENS JR., O.; H. SCHEB II, John M. *American Constitutional Law, volume I: sources of power and restraint*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2008.

TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analysis*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, p. 1346-1406, 2006.

ZURN, Christopher. *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Submissão: 11 de abril de 2018

Aceite: 10 de setembro de 2018