

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

CARLOS EDUARDO REIS FORTES DO REGO

**A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA:
A CORTE SUPREMA COMO INSTITUIÇÃO POLÍTICA FUNDAMENTAL**

SÃO LEOPOLDO

2016

CARLOS EDUARDO REIS FORTES DO REGO

**A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA:
A CORTE SUPREMA COMO INSTITUIÇÃO POLÍTICA FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo

2016

R343s Rego, Carlos Eduardo Reis Fortes do.
A Suprema Corte dos Estados Unidos entre o direito e a política: a corte suprema como instituição política fundamental / Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego. – 2016.
134 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

“Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.”

1. Estados Unidos. Suprema Corte. 2. Direito comum – Estados Unidos. 3. Estado de direito – Estados Unidos. 4. Direito constitucional – Estados Unidos. 5. Controle da constitucionalidade – Estados Unidos. I. Título.

CDU 342.531.43(73)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: A CORTE SUPREMA COMO INSTITUIÇÃO POLÍTICA FUNDAMENTAL**" elaborada pelo mestrando **Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.


São Leopoldo, 17 de março de 2016.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira 

Membro: Prof. Dr. Juarez Freitas 

Membro: Profa. Dra. Maria Eugenia Bunchaft 

À minha avó Laurita Rego e Reis, pelo exemplo de amor, de fé e de
dedicação à família. Saudades!

AGRADECIMENTOS

A gratidão é uma das virtudes mais nobres que o ser humano pode ter. É o reconhecimento da importância da vida em sociedade e dos vários sentimentos que isso acarreta: amor, amizade, companheirismo, solidariedade, fortaleza. A gratidão permite reconhecer que, sem outros indivíduos, nós não conseguiríamos atingir nossos objetivos, suplantar os desafios e compartilhar os momentos. É saber que nenhuma obra é trabalho solitário, e sim fruto de inúmeras mãos e mentes, partilhadas durante a experiência que a vida nos proporciona.

Diante do desafio de realizar um Mestrado Acadêmico em outro Estado da Federação, situado a mais de três mil quilômetros da minha terra natal, é indiscutível o relevante papel desempenhado por inúmeras pessoas durante esses dois últimos anos de muito aprendizado e amadurecimento. Certamente, cada um dos mencionados contribuiu de alguma forma para a realização desse trabalho e do curso de Mestrado, ao tornar, sem dúvida alguma, única e proveitosa a experiência de viver no Rio Grande do Sul.

Primeiramente, devo agradecer aos meus pais, Otávio e Eneida, pelo amor, pela confiança, pelo apoio e eterno incentivo. Sem a preocupação diária, o zelo e o cuidado dispensados a mim, desde o início da minha formação, não conseguiria chegar ao ponto de defender uma dissertação de mestrado. Minha eterna gratidão e minha profunda admiração aos dois. Ao meu irmão, Otávio Júnior, pelo companheirismo, pela amizade, pelo cuidado, meu muitíssimo obrigado.

Ao professor orientador, Anderson V. Teixeira, um exemplo de profissionalismo, de dedicação à pesquisa, de paciência e atenção aos alunos, que soube ensinar o que é, verdadeiramente, um professor, mediante o constante estímulo ao estudo e à pesquisa, ao ser um guia, sem subtrair, entretanto, a autonomia e a criatividade de cada aluno, ao respeitar as características e as potencialidades de cada indivíduo. Meu sincero agradecimento pela confiança depositada, meus estímulos dados, pelas reiteradas orientações e pela amizade. Muito obrigado.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, minha gratidão pelos ensinamentos, pela convivência, pela troca de experiências e pela acolhida na Universidade: André Luís Callegari, Darci Guimarães Ribeiro,

Gérson Pinto, José Bolzan de Moraes, Lenio Streck, Leonel Severo Rocha, Maria Eugênia Bunchaft, Sandra Regina Vial, Têmis Limberger e Wilson Engelmann.

Aos coordenadores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, professores Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann, agradeço pela confiança depositada na concessão da bolsa de estudos, pelo apoio constante e pela disponibilidade em ouvir e ajudar os alunos.

Aos eficientes e competentes Sra. Vera Loebens e Ronaldo Cezar pela paciência, pelo apoio e pelos diálogos diários.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq pela concessão de auxílio financeiro que possibilitou a realização do Mestrado Acadêmico no Rio Grande do Sul.

E, por último, porém não menos importante, tenho que agradecer à minha família gaúcha, composta por gaúchos de nascimento, como também por aqueles que, em algum momento da sua vida, decidiram viver experiências nos pampas brasileiros: Adriano Lepper, Bárbara Costa, Brunize Finger, Bruno Cozza, Carlos Eduardo Siqueira, Clarissa Tassinari, Danilo Pereira Lima, Diego Schuster, Elias Jacob, Fabricio Borges, Felipe Mello, Gilberto Guimarães, Jéssica Cristianetti, Lanaira da Silva, Maria Eduarda Klein, Mateus Di Palma Back, Paulo Júnior Trindade, Rafael Radke, Raul Linhares, Willame Mazza e Ziel Ferreira Lopes. Muito obrigado pelo companheirismo, pela paciência, pelos inúmeros momentos de descontração e por tornarem a minha estadia no Rio Grande do Sul uma experiência única e agradabilíssima. Aprendi muito com a convivência com cada um e espero que essa amizade e parceria possam ser duradouras.

O futuro tem muitos nomes. Para os fracos, é inalcançável. Para os temerosos, o desconhecido. Para os valentes, é a oportunidade.

(Victor Hugo)

O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem.

(Guimarães Rosa)

RESUMO

A presente dissertação se propõe a analisar o papel exercido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no cenário político-jurídico do país. De uma instituição meramente jurídica, historicamente, a Suprema Corte tem desempenhado importante papel na formulação de políticas públicas nacionais e na condução do debate público nacional. Mediante uma análise histórica do Direito estadunidense, pretende-se apresentar as diferenças e as peculiaridades do Direito dos Estados Unidos, em comparação ao Direito inglês. Nesse cotejo, nota-se que antecedentes do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis já eram vistos no Direito inglês, como as contribuições de Edward Coke, e na própria história colonial americana. Com fundamento no *common law* inglês, mas com influências da tradição jurídica romano-germânica, o Direito estadunidense desenvolveu institutos próprios, aptos a enfrentar os desafios surgidos no novo país. Entre as inovações, há a Suprema Corte dos Estados Unidos, órgão de cúpula do Poder Judiciário, que, entretanto, desempenha importante função política na concretização das disposições constitucionais, na harmonização entre os Poderes e entre os diversos entes federados. Em verdade, a Corte concorre na elaboração de políticas públicas nacionais, voz ativa nas principais deliberações públicas nacionais, influenciada e influenciando os atores políticos tradicionais.

Palavras-chave: *Common law*. *Rule of Law*. Suprema Corte dos Estados Unidos. Controle judicial de constitucionalidade.

ABSTRACT

This thesis analyzes the role played by the United States Supreme Court in the legal and political frame. From a legal institution, historically, the Supreme Court has played an important role in the formulation of national policies and the conduct of national public debate. For historical analysis of U.S. Law, it intends to show the differences and peculiarities of the U.S. Law versus to English law. Then, the judicial review's history started in English Law, as the study of Edward Coke, and even in the American colonial history. Based on English common law, but with influences from civil law tradition, the American Law has developed its own institutions, able to face the challenges in the new country. Among the innovations, there is the United States Supreme Court, a member of the Federal Judiciary, which, however, plays an important political role in the respect of constitutional provisions, the harmonization between the powers and the States. In fact, the Court takes part of the national policies, thus it is an active voice in the national public deliberations, whereas the Court influenced and is influencing for the traditional political actors.

Keywords: *Common law. Rule of Law.* United States Supreme Court. Judicial Review

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O <i>COMMON LAW</i> INGLÊS: O ALVORECER DE UMA TRADIÇÃO JURÍDICA.	14
2.1 As Múltiplas Tradições do Direito	14
2.2 A Tradição Jurídica do <i>Common Law</i>	16
2.2.1. Common Law x Equity Law	18
2.2.2. Common Law x Statutory Law.....	21
2.2.2.1 A Regra do <i>Stare Decisis</i>	21
2.2.2.2 O Desenvolvimento dos <i>Statutes</i> nos Países de <i>Common Law</i>	25
2.3 A Tradição Jurídica Inglesa	27
2.3.1 O Direito Constitucional Inglês	34
2.3.2 <i>Magna Charta Libertatum</i> (1215)	37
2.3.3 Importância do Século XVII para a Formação do Constitucionalismo Moderno	40
2.3.4 A Supremacia do Parlamento (<i>Supremacy of Parliament</i>)	42
2.3.5 Antecedentes Históricos do Controle Judicial de Constitucionalidade: a influência de Edward Coke.....	43
2.3.6 Uma Revolução no Direito Constitucional inglês: o surgimento de uma Corte Constitucional e o <i>judicial review</i> na Inglaterra.....	49
3 O DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	54
3.1 Origens do Direito dos Estados Unidos	54
3.2. O Direito estadunidense entre o <i>common law</i> e o <i>civil law</i>	62
3.3. As Fontes do Direito Estadunidense	65
3.3.1. Fontes Primárias: <i>case law</i> e <i>statutory law</i>	65
3.3.2 Fontes Secundárias	71
3.4 A Organização Judiciária dos Estados Unidos da América	72
3.4.1 O Poder Judiciário nos <i>Papers</i> Federalistas	74
3.4.2 Os juízes norte-americanos.....	77
3.4.3 O Sistema Judiciário Federal	78
3.4.3.1 Os juízes federais.....	78
3.4.3.2 A Estrutura do Poder Judiciário Federal.....	80
3.4.3.3 Competência do Poder Judiciário Federal.....	82

4 O PAPEL DA SUPREMA CORTE NO QUADRO POLÍTICO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	84
4.1 A Relevância do Tribunal Supremo para os Federalistas.....	84
4.2 A Suprema Corte dos Estados Unidos da América	87
4.2.1 O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade de Leis.....	88
4.2.2 Competências da Suprema Corte dos Estados Unidos.....	94
4.2.3 O Processo e Julgamento na Suprema Corte dos Estados Unidos	96
4.2.3.1 A Figura do <i>Amicus Curiae</i>	99
4.2.3.2 O Procedimento de Decisão na Suprema Corte dos Estados Unidos.....	100
4.2.3.3 Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo pela Suprema Corte	102
4.3 Os Justices entre Direito e Política	105
4.3.1 O <i>Chief of Justice</i>	105
4.3.2 A Escolha dos <i>Justices</i>	108
4.4 A Suprema Corte como Protagonista no Sistema Político Norte-Americano	112
4.5 A Suprema Corte na Elaboração de Políticas Nacionais.....	116
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS.....	122
ANEXO A – DIVISÃO DOS CIRCUITOS FEDERAIS NORTE-AMERICANOS.....	133

1 INTRODUÇÃO

A Suprema Corte dos Estados Unidos está no centro das atenções da vida política norte-americana. Em pleno ano eleitoral, com as sucessivas primárias para a definição dos candidatos presidenciais dos dois principais partidos políticos do país, o falecimento de um Ministro da Corte Suprema repercutiu nos debates eleitorais e deu a tônica da corrida presidencial nos últimos dias. Republicanos e democratas não hesitaram em expor as características que julgam necessárias para o próximo *Justice*, assim como o atual Presidente da República, instantaneamente, declarou que irá exercer sua prerrogativa constitucional de indicar um novo Ministro nos próximos dias, o que, de imediato, gerou críticas dos opositores ao Presidente, inclusive, com ameaças de obstrução da apreciação do nome pelo Senado.

Isso demonstra que a Suprema Corte dos Estados Unidos desempenha um importante papel não só na vida jurídica estadunidense, como também na vida política do país, consistindo num ator relevante, que merece ser analisado com cuidado e com interesse pelos cidadãos norte-americanos. Diferentemente do ocorrido no Brasil nos últimos vinte anos, com a ascensão de outrora “outro desconhecido” e agora indutor da agenda pública nacional ¹, marcado pela atuação do Supremo Tribunal Federal nos principais debates públicos nacionais, no contexto da judicialização da política ou politização da justiça ², ao ponto de falar de uma “Supremocracia” ³; nos Estados Unidos da América, desde o início do século XIX, a Suprema Corte exerce um papel de destaque na condução dos debates públicos nacionais, em temáticas que variam da escravidão, ao federalismo e até a garantia de direitos fundamentais.

Em virtude disso, não se pode compreender a alta Corte como uma instituição eminentemente jurídica, alheia aos debates contemporâneos, às pressões partidárias e populares. O presente trabalho pretende demonstrar que a Suprema Corte dos Estados Unidos é uma das protagonistas do sistema político norte-americano, ao desempenhar, outrossim, a função de formuladora de políticas públicas nacionais. Ademais, não se pode descurar do grau de politização dos juízes

¹ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429 – 469, 2013.

² VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441 – 463, jul./dez. 2008.

da Corte, desde o processo de escolha e de nomeação dos julgadores até o efetivo desempenho de sua atividade no tribunal supremo.

Mediante uma retrospectiva histórica da formação e da consolidação do Direito dos Estados Unidos, suas peculiaridades e seu distanciamento do Direito inglês, pretende-se situar a Suprema Corte no sistema político e jurídico do país. Inicialmente, no primeiro capítulo do trabalho, procura-se assentar alguns pontos importantes sobre o *common law*, suas principais características e algumas dicotomias básicas, como *common law x Equity*, *common law x statutory law*, a fim de compreender os alicerces e antecedentes do Direito estadunidense. Nesse sentido, é importante destacar alguns antecedentes históricos do *judicial review*, sobretudo a contribuição de Edward Coke para o Direito Constitucional inglês. Dessa forma, o posterior desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade de lei da Corte Marshall não pode ser visto como algo isolado, mas como fruto de contribuições históricas, desde a doutrina de Coke até os debates federalistas durante a Revolução Americana e a elaboração da Constituição de 1787.

Em seguida, no segundo capítulo, são expostas a configuração e as características do *common law* estadunidense. Inicialmente, uma Confederação de Estados independentes, entre treze ex-colônias soberanas, que, em 1787, com a aprovação da Constituição e adoção do modelo federal de Estado, passa a constituir verdadeiramente um país, regido sob um documento político-jurídico escrito, com um Direito federal e os Direitos de cada província autônoma, porém não mais soberana. Posteriormente, busca apresentar as influências da tradição jurídica romano-germânica no Direito norte-americano, ao diferenciar do modelo inglês, como a existência de codificação e o maior papel assumido pelas *statutes*. Torna-se imprescindível, pois, o estudo das fontes do Direito norte-americano, a posição do *case law* e do *statutory law* no sistema jurídico nacional. Como não é possível falar, a rigor, de um Direito norte-americano, mas sim de um Direito federal e cinquenta sistemas jurídicos estaduais, os esforços são concentrados no Direito federal, na organização judiciária federal e no estatuto jurídico dos juízes federais.

No terceiro capítulo, o foco é a Suprema Corte dos Estados Unidos. Por causa da importância histórica dos *papers* federalistas na ciência política norte-americana e da antecipação dos debates acerca do controle judiciário da constitucionalidade de atos normativos, são valiosas as contribuições de Alexander Hamilton para a criação de um ambiente favorável à afirmação, anos depois, pelo

Justice Marshall da competência da Suprema Corte para invalidar atos normativos que violassem preceitos constitucionais. Ademais, a decisão da Corte em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, não pode ser compreendida fora das circunstâncias políticas da época, marcada pela disputa do poder entre os federalistas e os democrata-republicanos. Apesar da contribuição original ao Direito Constitucional, modelo inclusive seguido por outros países ocidentais, a atuação da Suprema Corte foi mais uma resposta aos problemas políticos da época a uma tentativa de instituir um controle jurisdicional de constitucionalidade dos poderes constituídos. Provavelmente, os resultados advindos da decisão no caso *Marbury v. Madison* nos anos posteriores não foram pretendidos pelos ministros da época, que estavam mais concentrados na resolução de problemas políticos e na sobrevivência da Corte em meio às pressões do Congresso e do Presidente recém eleito.

Por fim, são analisados o modo e as circunstâncias que perpassam a escolha e a nomeação dos Ministros da Suprema Corte, ao ressaltar o grau de politização e o envolvimento dos atores políticos na escolha do *Justice*. Cientes do impacto da atuação de um juiz da Corte Suprema na condução da política nacional, os agentes políticos são criteriosos e procuram, ao nomear um juiz, prolongar os efeitos do seu mandato no tempo, ao colocar pessoas com perfil ideológico mais próximo em cargos estratégicos do Estado norte-americano. Essa politização na nomeação dos juízes não é algo recente e está incorporada ao debate político do país. Como consequência, a Suprema Corte dos Estados Unidos não é um órgão meramente jurídico, porém um importante ator no cenário político americano, influenciada pelas preferências político-partidárias, ainda que assegurada a independência dos seus juízes mediante suas garantias constitucionais. Desde o início do século XIX, o tribunal concorre na elaboração da agenda política nacional, em temáticas variadas, da escravidão em *Dred Scott v. Sandford* (1857), que culminou na guerra civil norte-americana, passando pela resistência às políticas intervencionistas de Franklin Delano Roosevelt, e pelas lutas dos direitos civis, como no caso da segregação racial (*Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954), do direito ao aborto (*Roe v. Wade*, em 1973) e, recentemente, no reconhecimento do casamento homoafetivo em todo o país (*Obergefell v. Hodges*, em 2015).

Desse modo, é impossível pensar os grandes assuntos públicos sem a participação, mais ou menos intensa, da Suprema Corte dos Estados Unidos. Já dizia Tocqueville que “quase não há questão política nos Estados Unidos que não se

resolva, mais cedo ou mais tarde, em questão judiciária”⁴. O interesse pela atuação da Corte ultrapassa as fronteiras da ciência jurídica e ganha destaque entre os estudiosos da ciência política, porquanto configurou, historicamente, numa instituição fundamental na preservação da harmonia da federação, na aceitação ou rejeição de políticas nacionais, e na garantia de direitos fundamentais, de forte conteúdo contramajoritário, detentora, entretanto, de algumas peculiaridades que a diferenciam dos outros poderes políticos.

Essa pesquisa se situa no âmbito do projeto de pesquisa “Direitos Humanos e Transnacionalização do Direito: da refundamentação filosófico-política do Estado Constitucional às novas formas transversais de efetivação de direitos fundamentais”, coordenado pelo professor Anderson Vichinkeski Teixeira, inserido na linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 317.

2 O *COMMON LAW*⁵ INGLÊS: O ALVORECER DE UMA TRADIÇÃO JURÍDICA

“O Parlamento pode fazer tudo, menos transformar uma mulher em um homem, e um homem em uma mulher”⁶ (Tradução nossa)

Albert Venn Dicey

2.1 As Múltiplas Tradições do Direito

René David⁷ sistematizou os diferentes Direitos nas chamadas famílias⁸, com o objetivo de facilitar a análise e a compreensão das diferentes tradições jurídicas existentes, ao tornar mais didático o estudo das semelhanças e das diferenças havidas entre os diversos modelos de organização político-jurídico⁹. O jurista francês propõe quatro famílias: a família romano-germânica, a família do *common law*, a família dos direitos socialistas, e outras concepções da ordem social e do Direito, tais como: Direito muçulmano, Direito hindu, Direito judaico, Direitos do

⁵ Seguindo a orientação de John Gilissen e de R. C. Van Caenegem, nessa dissertação adotar-se-á a grafia “o *common law*”, ao invés de “a *common law*”. Para os citados autores, o artigo feminino faz pensar na lei, enquanto o artigo masculino faz pensar no Direito, o que corresponde à acepção aqui utilizada. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 208; VAN CAENEGEM, R. C. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010. p. 2. “Para o jurista da Europa continental que atravesse o Canal da Mancha, as surpresas começam logo de início, com a própria palavra *law* [Direito, lei]. Ele logo descobre o irritante fato de que esta única palavra inglesa pode significar duas coisas muito diferentes”. VAN CAENEGEM, R. C. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010. p. 2.

⁶ No original: “Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman”. In: DICEY, A. V. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Classics, 1915. p. 5.

⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 21-22.

⁸ Quanto às controvérsias em relação a classificações e a sistematizações do conhecimento jurídico e de seus modos de organização político-jurídica, vale recordar os ensinamentos de Genaro Carrió: “Otras veces las discrepancias entre los juristas presuponen una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones. Este es un vicio que no es privativo de los juristas, pero que asume entre ellos rasgos particularmente nocivos. [...] Los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos – se cree – deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa. [...] Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.” CARRIÓ, Genaro R.. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 98-99.

⁹ Para maior detalhamento sobre o método comparativo, como método de investigação de um ramo autônomo da ciência jurídica, o Direito Constitucional Comparado, ver: DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado**: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 79 e ss.

Extremo Oriente, Direitos da África e de Madagascar. Muito embora a utilização da palavra família tenha obtido boa aceitação na doutrina brasileira, nesse trabalho, dar-se-á preferência à expressão “tradição jurídica”, ao invés de famílias de Direito, seguindo os ensinamentos de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo¹⁰.

Considerando a pluralidade de Direitos havidos no mundo, é válido questionar a relevância para, por exemplo, um jurista da tradição romano-germânica estudar e compreender o Direito do *common law* ou o Direito muçulmano. Seria um mero diletantismo do jurista ou, por outro lado, seria possível extrair algo positivo da análise da diversidade cultural e jurídica espalhada pelos vários cantos do mundo?

O Direito Comparado é um importante aliado no estudo da história, da filosofia e da teoria geral do Direito. Além disso, a análise de sistemas jurídicos estrangeiros favorece a compreensão do próprio Direito nacional, assim como concorre para o seu aperfeiçoamento. Historicamente, os legisladores e juristas nacionais se valem de leis, de julgados e de experiências estrangeiros para a formação e o aprimoramento do Direito nacional. Nos últimos anos, os tribunais, sobretudo os tribunais constitucionais, passaram a considerar a jurisprudência de cortes estrangeiras na formação do seu convencimento e na fundamentação de suas próprias decisões¹¹. Outrossim, não se pode olvidar da contribuição do Direito Comparado na compreensão dos povos estrangeiros e na construção de um Direito Internacional mais efetivo que propicie maior cooperação no âmbito das relações internacionais¹².

¹⁰ "Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão". MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição jurídica da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 23.

¹¹ "O transconstitucionalismo aponta, antes, para a necessidade de construção de 'pontes de transição', da promoção de 'conversações constitucionais', do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. (...) Essa situação ganha relevância quando se considera que, em grande parte, as 'pontes de transição' entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais". NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XXV e 117. Além de Marcelo Neves, Anderson V. Teixeira traz a teoria pluriversalista do Direito Internacional, um modelo de sistema político-jurídico internacional, ancorado em espaços públicos de cooperação internalizados pelos Estados. Para mais: TEIXEIRA, Anderson V. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

¹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 4. Rodolfo Sacco questiona esses objetivos

Dentre as principais tradições jurídicas, no Ocidente, prevalecem dois grandes sistemas: o *civil law* e o *common law*. Ambos não são consequência de elaboração teórica ou doutrinária, e sim “caprichos da história”¹³. No presente trabalho, o foco será o *common law* e, sobretudo, a sua versão na América, com suas peculiaridades e idiosincrasias. Contudo, antes é imprescindível assentar as bases que ensejaram a configuração atual do Direito da Inglaterra e dos Estados Unidos.

2.2 A Tradição Jurídica do *Common Law*

A tradição do *common law* surgiu, paulatinamente, na Inglaterra, fruto das decisões das jurisdições reais, após as transformações políticas decorrentes da ascensão de Guilherme da Normandia, o Conquistador, ao trono da Inglaterra, por volta do ano 1066. Do seu surgimento, entre os séculos XI e XII, até aos dias atuais, o *common law* cresceu, desenvolveu e se espalhou para vários cantos do mundo. Devido a isso, não se pode reduzir o *common law* ao Direito inglês¹⁴.

O *common law* tem sido o único, ou ao menos de maior vulto, sistema jurídico adotado na Inglaterra ao longo da sua história¹⁵. Por causa disso, a sua

apontados do Direito Comparado. Primeiramente, acredita que, como ciência, o Direito Comparado não necessita procurar explicações para o seu estudo, como se devesse justificar a sua importância e conveniência para os juristas: “a assertiva de que uma função utilitária é necessária e essencial para a legitimação do direito comparado é fruto de um mal-entendido hoje quase superado”. Além disso, considera ingênuas essas justificativas atribuídas ao Direito Comparado, porque o conhecimento do Direito de outro país, por exemplo, não irá impedir a ocorrência de guerras ou, só por si, aumentar a cooperação entre as nações. A comparação pressupõe o conhecimento da regra jurídica estrangeira e este conhecimento pode suscitar simpatia ou, pelo contrário, pode ensejar polêmicas e atritos. Portanto, Sacco defende que “a comparação é potencialmente imparcial e tem o direito de sê-lo”. SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27 – 28. Outro importante jurista do Direito Comparado, Biscaretti di Ruffia, aponta quatro finalidades do Direito Constitucional Comparado: a satisfação de exigências de ordem cultural; o aperfeiçoamento da interpretação e da valoração das instituições jurídicas do ordenamento nacional; a contribuição à política legislativa; e, por fim, a unificação legislativa. Para maiores informações, ver: DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado**: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 80 – 81.

¹³ DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010. p. 145.

¹⁴ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. VII-VIII; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespânia e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 207.

¹⁵ TEIXEIRA, Anderson V. **Estado de Nações**: Hobbes e as relações internacionais no século XXI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 22.

influência foi marcante em todos os países que sofreram colonização britânica em algum período de sua história. Apesar das peculiaridades locais, a estrutura do Estado e a maneira de operar o Direito foram influenciadas pelo Direito inglês. Por isso, acatando a orientação de que “todo estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês”¹⁶, o primeiro capítulo dessa dissertação será dedicado à análise da tradição jurídica inglesa.

O Direito inglês é aquele aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Apesar da limitação geográfica, exerceu enorme influência no Direito dos países de língua inglesa, não somente na origem do Direito dos países colonizados, mas um predomínio mais duradouro, devido aos vários séculos de dominação britânica. Em virtude disso, sua importância é comparável à do Direito Romano em relação aos países da Europa continental¹⁷. Imprescindível, pois, o estudo do Direito inglês para a adequada compreensão do Direito dos países colonizados pela Inglaterra, como é o caso dos Estados Unidos da América.

Esses países [de língua inglesa] podem ter-se emancipado da Inglaterra e seu direito pode ter adquirido ou conservado características próprias. Mas a marca inglesa muitas vezes permanece profunda nesses países, afetando a maneira de conceber o direito, os conceitos jurídicos utilizados, os métodos e o espírito dos juristas.¹⁸

Além da Inglaterra e do País de Gales, o *common law* é o sistema jurídico vigente na Irlanda, nos Estados Unidos da América¹⁹, no Canadá²⁰, na Austrália, na Nova Zelândia, na Jamaica, além de outras ilhas da América Central colonizadas pelo Reino Unido, nas ex-colônias inglesas na África, tais como Nigéria, Gana, Quênia, Uganda, Tanzânia, Zâmbia, e nas ex-colônias inglesas na Ásia, tais como Índia, Bangladesh, Myanmar, Malásia, Hong Kong e Cingapura, que conservaram a tradição jurídica do *common law*, ao passo que sofreram alterações provocadas

¹⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 351.

¹⁷ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. VII-VIII.

¹⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. VII-VIII.

¹⁹ Com exceção do Estado da Louisiana e do Estado Associado de Porto Rico que seguem a tradição jurídica romano-germânica, em decorrência da herança colonial nesses Estados (colonização francesa na Louisiana e espanhola em Porto Rico).

²⁰ Com exceção da província de Quebec que se mantém fiel à tradição do *civil law*, conseqüência da colonização francesa nesse território.

pelos usos, costumes e práticas locais ²¹. Na Escócia, prevalece o Direito de tradição romano-germânica, sem olvidar, entretanto, da influência considerável do Direito inglês.

A expressão *common law* é utilizada para se referir ao direito comum, fruto das decisões dos tribunais reais, em contraposição ao direito baseado nos costumes locais, característica central do direito anglo-saxônico (também chamado de direito local, senhorial ou tribal), aquele dominante na Inglaterra antes da conquista normanda. Desde seu surgimento, nota-se que o *common law* é essencialmente um direito jurisprudencial, ancorado na autoridade das decisões judiciais pretéritas. Por isso, utiliza-se a expressão *judge made law* para realçar a principal marca desse sistema jurídico, uma vez que o principal instrumento de trabalho do jurista é o precedente judiciário, inclusive decisões longínquas, de séculos atrás, até porque o Direito inglês valoriza a continuidade, a tradição e a história, algo não visto nos países de tradição romano-germânica marcados por rupturas e revoluções ²².

Para uma maior precisão terminológica, é indispensável efetuar, desde logo, algumas distinções importantes. Já foi referida a distinção entre direito comum, baseado em decisões judiciais pretéritas, e direito anglo-saxônico, caracterizado pelo predomínio dos costumes locais. Além dessa dicotomia, a diferenciação entre *common law* e *equity law* e a entre *common law* e *statute law* são fundamentais à adequada compreensão da tradição do *common law* e do seu desenvolvimento até os dias atuais.

2.2.1. Common Law x Equity Law ²³

²¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 216 - 217.

²² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 207 - 208. Os ingleses valorizam a continuidade histórica do seu Direito, fruto de uma longa evolução, que possibilita sua adaptação aos novos tempos, sem o trauma de qualquer Revolução ou quebra da tradição e dos valores do povo inglês. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 355.

²³ Sobre o caráter fundamental desta distinção, René David ensina: "A distinção mais elementar ensinada ao estudante desde a sua chegada à escola é, na família romano-germânica, a que existe entre o direito público e o direito privado. Esta distinção, pelo contrário, não é feita tradicionalmente pelo direito inglês, em que durante muito tempo se recusou a sua admissão, vendo nela a manifestação da ideia de que o Estado e a Administração não estariam submetidos ao Direito. A distinção fundamental ensinada ao estudante de direito inglês é, pelo contrário, uma distinção que ignora completamente os direitos da família romano-germânica: é a que distingue a

O *equity law* surgiu em decorrência da necessidade de temperar o rigor do sistema do direito comum e, dessarte, atender a questões de equidade ²⁴. Como será visto mais adiante, o *common law* na Inglaterra tornou-se cada vez mais técnico, formal, ao valorizar, sobremaneira, o procedimento, isto é, ao dar ênfase às normas processuais. Os juízes dos Tribunais Reais somente agiam por meio de *writs* já previamente determinados ²⁵. Se, porventura, o caso concreto não se enquadrasse num procedimento pré-existente, não haveria a possibilidade de atuação dos juízes das Cortes de Westminster ²⁶. Em virtude desse anacronismo do sistema do *common law*, em descompasso com a evolução da sociedade, como também a existência da prerrogativa do Rei em não permitir injustiças no seu Reino, começou a ser construída a *Equity*, um novo sistema jurídico, paralelo ao *common law*, baseado nas regras de equidade (*rules of equity*) e na figura do Chanceler.

Em razão da prerrogativa real de não suportar injustiças dentro do seu próprio Reino, foi facultada a pretensão de o súdito que não obtivesse a tutela dos seus direitos pelo direito comum, pudesse elaborar uma petição ao Rei, a fim de que esse interviesse no seu caso, em nome da consciência e da equidade, com o escopo de evitar a materialização de uma injustiça ²⁷. Com o incremento dessas petições, a partir do século XV, a função de apreciá-las e julgá-las foram encaminhadas ao Chanceler, um alto funcionário da Coroa, que atuava como representante do Rei. Assim, em virtude da crescente massificação das petições, o Chanceler definiu regras de equidade (*rules of equity*), que regeriam o julgamento dos casos submetidos a ele. Por conseqüência, deu-se início à construção de uma jurisprudência do Chanceler, com a consolidação de regras vinculativas a casos

common law da *equity*. [...] De fato, ainda hoje, a distinção da *common law* e da *equity* continua a ser a distinção fundamental do direito inglês, comparável à nossa entre o direito público e privado, tanto que, tal como na França, onde os juristas se classificam naturalmente entre privatistas e publicistas, os juristas ingleses se dividem também em *common lawyers* e *equity lawyers*." DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 388.

²⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32.

²⁵ A palavra *writ* significa ordem, mandamento (em latim: *breve*; em francês: *brief*). Era uma ordem expedida por um juiz do Tribunal Real ou pelo Chanceler, em nome do Rei, a um senhor feudal ou a um agente local do Rei para que desse cumprimento a decisão da Justiça (seja a do direito comum ou a da *Equity*). GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 210.

²⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32.

²⁷ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 7.

futuros, facilitada pela importação da regra do *stare decisis* ao sistema da *Equity*. Diferentemente do *common law*, o processo na *Equity* foi influenciado pelo Direito Canônico, cujas marcas foram: o caráter escrito do procedimento, o predomínio do sistema inquisitório e a ausência de júri ²⁸.

Portanto, a partir do século XV, o Direito inglês comportou uma estrutura dualista. De um lado, o direito comum aplicado pelos Tribunais Reais (ou de Westminster), de caráter formal, rígido e apegado a formas pré-definidas (os *writs*); de outro, a *Equity* aplicada pelo Chanceler, na denominada Corte da Chancelaria (*Courts of Chancery*), influenciada pelo processo canônico, detentora de regras e de procedimentos próprios (*rules of equity*). Em meio à consolidação do Absolutismo na Inglaterra, os Reis foram os mais interessados na ampliação do espaço da *Equity*, pois fortalecia os poderes reais, em detrimento das jurisdições do *common law*, dominada pelos juízes e pela jurisprudência do direito comum ²⁹. Essa estrutura dualista do Direito perdurou até o século XIX, porquanto somente com os *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875, houve a fusão dos dois tipos de jurisdições, com a incorporação das regras da *Equity* ao *common law* ³⁰.

Por isso, desde o final do século XIX, os princípios do *common law* e as regras da *Equity* podem coexistir numa mesma jurisdição e, inclusive, no mesmo processo. Doravante, regras de *Equity* foram aplicadas a matérias que, historicamente, pertencem ao *common law* (como o Direito falimentar), ao mesmo tempo em que o *common law* passou a manejar soluções criadas e aplicadas no âmbito da *Equity*, como a utilização do instituto do *trusts*, a técnica da execução específica (*specific performance*) ou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*).

A distinção de *common law* e *equity* já não é, por isto, o que era antigamente; ela se racionalizou em grande medida; a *equity* tende a tornar-se, se é que já não se tornou, o conjunto de matérias que se considera apropriado para se fazer julgar segundo um processo escrito, enquanto a *common law* se torna o conjunto de matérias que são apreciadas segundo o processo oral de outrora. [...] Mais do que

²⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8.

²⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 213.

³⁰ Como alerta John Gilissen, a fusão entre a *Equity* e o *common law* não é completa, haja vista que, ainda há, nos tribunais de Londres, câmaras diferentes para o *common law* e para a *Equity*. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 213.

falar do sistema da *common law* e das soluções de *equity* – como é uso fazer-se para mostrar o caráter apenas complementar das regras da *equity* -, seria legítimo falar hoje de dois ramos de direito inglês, dos quais cada um abrange um certo número de matérias e é caracterizado pelo emprego de um certo processo, ao mesmo tempo que é marcado pela sensibilidade própria dos juristas ³¹.

Em relação ao Direito dos Estados Unidos da América, não há nítida divisão entre juristas que atuam somente com o *common law* (*common lawyers*) e juristas especializados na *Equity*, visto que a recepção da *Equity* na América ocorreu num momento histórico em que as oposições *Common Law v. Equity* já se encontravam enfraquecidas ³². As *actions* do direito comum e os *suits* da *Equity* foram reunidos nas *civil actions*, muito embora permaneçam diferenças nos procedimentos típicos de *common law*, que, por exemplo, utilizam o julgamento pelo júri, e os procedimentos típicos da *Equity*, caracterizados pela ausência de júri e pelo maior poder concedido ao juiz togado em fazer valer suas decisões (daí, advêm institutos próprios como o *contempt of court* ou a *specific performance*) ³³.

2. 2. 2. Common Law x Statutory Law

Para efetuar a diferenciação entre *Common Law* e *Statutory Law*, é imprescindível tecer alguns comentários acerca de uma regra basilar na tradição jurídica do *common law*, a regra do *stare decisis*, isto é, *stare decisis et non quieta movere*.

2.2.2.1 A Regra do Stare Decisis

No sistema do *common law*, a jurisprudência é a primeira e a principal fonte do Direito. Isso se deve à própria formação do *common law*, surgido por meio das decisões dos Tribunais Reais. Os juízes, ao analisar um caso concreto, encontram-se vinculados às decisões anteriores prolatadas em casos análogos. Essas decisões são os denominados precedentes judiciais, e encerram regras de Direito obrigatórias a casos futuros, porquanto detêm autoridade, com fundamento na regra

³¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 395-396.

³² SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

³³ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36-37.

do *stare decisis* (adágio latino “*stare decisis et non quieta movere*”, em português, “mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”).

Na concepção histórica do *common law*, cabe ao juiz declarar o Direito no caso concreto, com base no “costume imemorial do Reino” (*general immemorial custom of Realm*), já que o Direito é entendido como algo *a priori*, antigo, histórico, pré-existente, cuja revelação é dever do magistrado na resolução de casos concretos. Daí, advém a importância conferida aos julgamentos anteriores, cuja deferência ao raciocínio jurídico empregado – e, pois, ao Direito revelado – é obrigação dos juristas do *common law* ³⁴.

Aliás, um dos pontos fortes do *common law* está exatamente na regra do *stare decisis*, porquanto assegura certa estabilidade ao Direito, imprescindível à garantia de segurança jurídica. Essa exigência de continuidade com o passado permite que os cidadãos possam conduzir suas atividades com um razoável grau de certeza em relação às consequências jurídicas dos seus atos, e, dessa forma, permite o desenvolvimento de um Direito consistente e coerente, ancorado no tratamento igualitário entre os indivíduos em igual situação ³⁵.

As regras de Direito do *common law*, ao invés de ser indicadas em leis, como é a praxe nos Direitos da tradição romano-germânica, estão sobretudo

³⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 211-212.

³⁵ RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 122, p. 282, abr./jun. 1994. Ronald Dworkin constrói a metáfora do romance em cadeia para ilustrar a atividade do juiz inserido na tradição do *common law*: “A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *common law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito ‘subjazem’ a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, de maneira como cada um de nosso romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele fez agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 237-238.

situadas nos precedentes judiciais, ou melhor, na *ratio decidendi*³⁶ das decisões tomadas pelos tribunais. O que importa para a consagração de uma regra de Direito é a fundamentação utilizada pelos juízes à luz do caso concreto, porquanto é essa que vincula os casos futuros, e não o mero dispositivo da sentença ou os *obiter dicta*, isto é, as declarações postas pelos juízes que não são estritamente necessárias para a resolução do caso em análise, já que exorbitam a questão jurídica e os fatos debatidos³⁷. A recusa em atribuir efeito vinculatório ao *obiter dictum* resulta “do compromisso do *common law* com o processo adversarial e da crença de que o juiz tem competência para decidir somente aquelas questões que são necessárias para a solução do caso que lhes é apresentado.”³⁸

A decisão judicial no sistema do *common law* desempenha duas funções: a primeira é resolver a controvérsia jurídica posta ao Judiciário, ao definir a parte que faz jus ao direito e, como consequência, alcançar a coisa julgada (*res judicata*), encerrando, pois, a questão para os litigantes. Nesse aspecto, não se diferencia do sistema romano-germânico em relação à resolução da lide e à formação da coisa julgada. Entretanto, há outra função da decisão judicial, uma peculiaridade da tradição jurídica do *common law*, consubstanciada na formação do precedente, isto é, da regra de Direito, criada e estritamente vinculada ao caso em análise, que, doravante, balizará os casos futuros similares³⁹. Em vista disso, é importante destacar que, pelo fato de os precedentes serem constituídos na resolução de fatos

³⁶ Lenio Streck e Georges Abboud apresentam algumas definições de *ratio decidendi*: “é possível elencar sete conceitos cunhados pela tradição sobre *ratio decidendi*: é o critério decisório, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes.” STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 46.

³⁷ Como ensina Edward D. Re: “A força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem a *dicta*”. RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 122, p. 284, abr./jun. 1994.

³⁸ FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 69 – 70.

³⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 40 – 41; RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 122, p. 282, abr./jun. 1994.

pretéritos, a sua aplicação a casos futuros é incidental, pois isso não é bem o objetivo do juiz ao definir a regra de Direito cabível ao caso concreto ⁴⁰.

Não é por outro motivo que René David afirma que o Direito inglês é um sistema aberto, enquanto os direitos da família romano-germânica são sistemas fechados. Essa distinção baseia-se no método empregado para a resolução de questões jurídicas. O direito continental apresenta-se como um conjunto coerente e sistemático de normas jurídicas, “em que toda a espécie de questões pode e deve, pelo menos em teoria, ser resolvida pela interpretação de uma regra jurídica existente”, enquanto o Direito inglês apresenta-se como sistema aberto, em virtude da não utilização de regras abstratas capazes de aplicação em todas as circunstâncias. A missão do jurista inglês é solucionar casos concretos, e não “formular, em termos gerais, regras que ultrapassem, pelo seu alcance, o litígio a ele submetido.” ⁴¹

Por isso, em razão de o precedente sempre estar vinculado ao caso concreto que o ensejou, há certa impropriedade na utilização de súmulas vinculantes, como acontece atualmente no Direito brasileiro, após a Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004). Ao desprezar as circunstâncias que levaram ao julgamento do caso, as súmulas vinculantes trazem orientações de caráter abstrato e genérico, como se leis fossem, com o indisfarçável objetivo de regular casos futuros. Trocando em miúdos, o enunciado da súmula vinculante dissocia-se dos casos que ensejaram sua elaboração, porque é o seu dispositivo que será utilizado para definir os casos vindouros. Não há como negar a nítida invasão da esfera de atuação do legislador, já que este é o responsável pela criação das regras abstratas e genéricas destinadas a regular a vida social. ⁴²

Como afirma Lenio Streck, “o precedente não cabe na súmula” ⁴³, porquanto “a autoridade do precedente depende e é limitada aos fatos e condições particulares

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 33; RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 122, p. 283, abr./jun. 1994.

⁴¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 410 – 411.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre n. 5, p. 166, out./dez. 2008.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, Vaguezas e Ambiguidades: Necessitamos de uma “Teoria Geral dos Precedentes”? **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 5, p. 172, out./dez. 2008.

do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar”⁴⁴. Em vista disso, o precedente não pode ser aplicado de forma automática, como se fosse uma norma genérica e abstrata. Há a necessidade de analisar os fatos e as circunstâncias do caso atual em cotejo com os fatos e circunstâncias que ensejaram o julgamento do caso apontado como precedente (o *leading case*), a fim de constatar a similitude que justifique a utilização da regra de Direito exposta no *case* anterior. A prática do *common law* elaborou técnicas que possibilitam o afastamento de precedentes - a técnica da distinção (*distinguishing*) e a técnica de superação/renovação do precedente (*overruling*), mediante esforço argumentativo das partes – e do juiz – em comprovar que, no caso em análise, não cabe a aplicação do tal precedente.

2.2.2.2 O Desenvolvimento dos Statutes nos Países de Common Law

Statutes ou *Acts* são as denominações utilizadas para as leis no sistema do *common law*. Já foi registrada a posição privilegiada da jurisprudência como fonte primária do Direito nos países que adotam o Direito comum, ao tempo em que a legislação, em contraposição à tradição romano-germânica, ocupa uma função secundária. Historicamente, a legislação limitava-se a complementar ou a efetuar correções à jurisprudência, ao estabelecer exceções ao direito comum; em razão disso, a sua interpretação era restritiva, conforme ilustra o adágio *exceptio est strictissimae interpretationis*. Primeiramente, o jurista deve analisar os *cases* e, diante da insuficiência dos precedentes, é que está autorizado a se socorrer às leis. Em suma, a mentalidade do jurista do *common law* é a de que o *case law* é a regra e o *statute* é a exceção, cuja função é meramente integrativa⁴⁵. Já se pode inferir que é oposta à mentalidade do jurista continental, em vista da importância conferida à legislação para a construção da sua argumentação e a resolução dos casos concretos. A jurisprudência, na racionalidade do *civil law*, ocupa uma posição secundária, meramente integrativa, quando a legislação se mostra insuficiente para resolver as controvérsias jurídicas postas aos operadores do Direito.

Na concepção tradicional do *common law*, a regra proveniente da lei é algo estranho ao trabalho do jurista. A regra contida na legislação só é definitivamente

⁴⁴ RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 122, p. 283, abr./jun. 1994.

⁴⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

incorporada ao sistema quando houver sido aplicada pelos tribunais e somente na forma e na medida em que a interpretação e a aplicação forem realizadas pelos juízes. Somente com a aplicação da legislação pelos tribunais em casos práticos e a sua incorporação em precedentes, a regra de Direito é constituída e definitivamente integrada ao direito comum ⁴⁶.

Contudo, no percurso do *common law*, nem sempre a legislação foi considerada uma fonte secundária do Direito. Durante os séculos XIII e XIV, por exemplo, os reis da Inglaterra utilizaram da legislação tal como os soberanos de países que adotavam o Direito romano-germânico. Não é à toa que o Rei Eduardo I (1272-1307) da Inglaterra foi considerado o “Justiniano inglês”, em virtude da quantidade de leis editadas durante o seu reinado ⁴⁷.

Desde o final do século XIX e, sobretudo, durante o século XX, os *Statutes* assumiram maior protagonismo dentro do sistema jurídico do *common law*. A própria fusão do *common law* com a *Equity* deu-se mediante leis, os conhecidos *Judicature Acts* (1873-1875). Porém, principalmente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), foi mais intenso o desenvolvimento dos *Statutes* como instrumentos de regulação da conduta social e como fonte primordial de regras de Direito a serem aplicadas pelos tribunais. Essa tendência ocorreu em diversos países que adotam o *common law*, em maior ou menor grau. A ascensão de um modelo de Estado mais intervencionista e dirigente nas relações sociais e econômicas levou à multiplicação de leis tendentes a criar estruturas de bem estar social, ao impor obrigações de caráter social e exigir prestações positivas do Estado no cumprimento de objetivos sociais, econômicos e culturais ⁴⁸. Ademais, não só houve o incremento da

⁴⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 434.

⁴⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 215. John Gilissen elenca vários *Statutes* editados no período, alguns extremamente relevantes para o direito constitucional inglês, como os *Statutes of Westminster*.

⁴⁸ Anderson Vichinkeski Teixeira explica o novo modelo de Estado requerido pelo constitucionalismo social: “Diferentemente da fase anterior do constitucionalismo, na versão social – que, por sua vez, positivou em nível constitucional a segunda geração dos direitos humanos – a condição do indivíduo era tomada sempre dentro de uma perspectiva político-social em que a participação do Estado era essencial à realização prática dos direitos sociais, dos direitos trabalhistas e de direitos cujos titulares não eram necessariamente definidos aprioristicamente, como no caso do direito à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, a um mercado econômico regrado pelo Estado, entre outros. Isto fez com que fosse sustentada a necessidade de uma liberdade positiva: uma participação instrumental do Estado como agente hábil a prover direitos os quais sem a atuação concreta deste dificilmente seriam implementados, sobretudo devido à falta de uma estrutura político-jurídica que permitisse a efetivação de tais direitos”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK,

legislação pelo Parlamento, que, historicamente, é o órgão responsável pela edição de normas gerais e abstratas, como houve a proliferação de regras jurídicas editadas por diversos órgãos da Administração Pública ⁴⁹.

Nesse contexto, o Direito deixa de ser entendido como mero instrumento de resolução de conflitos, como foi concebido na formação do *common law* inglês, e se apresenta como um meio adequado à organização e à reforma da sociedade. Diante desse desafio, as normas gerais e abstratas adquirem maior relevância no sistema político-jurídico, juntamente com a ascensão de um Estado responsável pela direção dos anseios sociais, por meio da implementação de políticas públicas, sempre ancoradas no princípio da legalidade ⁵⁰.

2.3 A Tradição Jurídica Inglesa

O Direito inglês é aquele aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Não é o Direito dos países de língua inglesa, nem da Commonwealth ⁵¹, nem da ilha da Grã-

Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012. p. 17.

⁴⁹ Nos Estados Unidos da América, a partir do final do século XIX, e na Inglaterra, após a Segunda Guerra Mundial, houve a proliferação de agências reguladoras, isto é, entidades da Administração Pública com maior grau de autonomia em relação ao Poder central, que possuem poderes de normatizar, supervisionar, fiscalizar e sancionar agentes dentro de um setor econômico específico. Em suma, a “regulation involves the promulgation of a **binding set of rules** to be applied by a body devoted to this purpose. An example would be the health and safety at a work legislation as applied by the Health and Safety Executive” (grifo nosso). BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy and practice**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 3. Nos Estados Unidos, inclusive, fala-se em *alphabet agencies* em relação ao número expressivo de agências reguladoras instituídas durante a vigência da política do *New Deal*, liderada pelo presidente democrata Franklin Delano Roosevelt, na primeira metade do século XX, já que eram identificadas por siglas, tão numerosas quanto às letras do alfabeto. Cada agência detém competência para elaborar normas, gerais e abstratas, com o escopo de disciplinar um setor econômico determinado em lei. “Embora as agências administrativas tenham constituído parte importante do Executivo norte-americano desde os albores da nação, fato é que o surgimento e a proliferação das modernas agências reguladoras coincidem com os movimentos políticos, econômicos e sociais de questionamento e superação do arcabouço jurídico-institucional do capitalismo liberal dito puro. Com efeito, apenas onze agências foram criadas entre a elaboração da Constituição e o fim da Guerra Civil; seis surgiram entre 1865 e a virada do século; nove foram constituídas entre 1900 e a Primeira Guerra; outras nove apareceram entre 1918 e a Grande Depressão de 1929; enquanto nada menos que dezessete foram erigidas entre 1930 e 1940, período de implementação do *New Deal*”. BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras Independentes e democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 3, p. 2, ago./ou. 2005.

⁵⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 456.

⁵¹ A expressão *Commonwealth* é de difícil tradução para o português, porquanto detém vários sentidos, tais como: bem-comum, Estado, nação e comunidade. De início, chamada *British Commonwealth*, atualmente, é uma associação de cinquenta e três países independentes, a

Bretanha ⁵² e nem do Reino Unido ⁵³. No entanto, inegavelmente, o Direito inglês exerceu enorme influência no Direito dos países de língua inglesa. Sua ingerência deu-se não somente na origem do Direito dos países colonizados pela Inglaterra, mas permaneceu por vários séculos após o fim da dominação colonial. Sua importância é comparável à do Direito Romano em relação aos países da Europa continental, em virtude disso, é imprescindível o estudo do direito inglês para a esmerada compreensão do Direito dos países colonizados pela Inglaterra, como é o caso dos Estados Unidos da América ⁵⁴.

O Direito inglês se diferencia do direito romano-germânico devido ao modo pelo qual os dois sistemas jurídicos surgiram e se desenvolveram ao longo dos séculos. Na Europa continental, com a proliferação das Universidades, a partir do século XIII, intensificou-se o estudo do Direito Romano. Nos cursos de Ciência Jurídica (ou *Jurisprudencia*), predominava o estudo do Direito Romano e pouca importância era conferida ao estudo dos costumes. Ademais, em países como França, Portugal e Espanha, a prática judiciária era restrita aos juristas, isto é, aos licenciados em Direito, com formação universitária. Apesar disso, na França, os tribunais continuavam a aplicar os costumes, porém “sua maneira de considerá-los, de interpretá-los, de adaptá-los, de completá-los, foi influenciada, de forma mais ou menos consciente, pelo direito erudito, que nas Universidades haviam aprendido a encarar como um modelo e que era, para eles, uma verdadeira razão escrita.” ⁵⁵ Cabe ressaltar que, na França, a influência do Direito Romano foi mais intensa no Sul do país e na região da Alsácia, enquanto sua atuação foi mais limitada na região Norte, onde predominava a aplicação dos costumes locais ⁵⁶.

grande maioria fazia parte do antigo Império Britânico. A liderança da *Commonwealth* cabe ao Monarca do Reino Unido. Ver: TEIXEIRA, Anderson V. **Estado de Nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 23.

⁵² Vale recordar que a ilha da Grã-Bretanha corresponde ao território da Inglaterra, da Escócia e do País de Gales.

⁵³ O Reino Unido corresponde à união entre os países situados na ilha da Grã-Bretanha (Inglaterra, Escócia e País de Gales) e a Irlanda do Norte.

⁵⁴ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. VII-VIII.

⁵⁵ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

⁵⁶ Anderson V. Teixeira aponta que, na França, houve um embate ideológico entre dois sistemas jurídicos conflitantes. Na parte norte do país, predominava um direito costumeiro (*droit coutumier*), enquanto na parte sul, adotava um direito positivo (*droit écrit*). Somente com o movimento de codificação, que culminou com o Código de Napoleão, 1804, essa dicotomia foi superada na França. TEIXEIRA, Anderson V. **Estado de Nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 21.

Além da forte presença do Direito Romano nos países de tradição jurídica romano-germânica, não se pode deixar de apontar a guinada que houve na ciência jurídica no século XIX. Após a Revolução Francesa, sob influência do ideário iluminista e do paradigma racionalista, o legislador assumiu maior protagonismo com a instituição de Códigos, tendentes a regular a conduta dos indivíduos. O legislador “unificou e reformou os costumes e tornou aplicável na França o sistema racional que as Universidades haviam elaborado, partindo da base do Direito Romano”⁵⁷. Assim, antes preso às compilações romanas e, em menor medida, aos costumes, o Direito continental passou a estar ancorado em Códigos, fruto da obra daquilo que, futuramente, viria a ser chamado legislador racional.

Essa mudança foi mais aparente que real, porquanto o modo de pensar e de agir dos juristas continentais ainda estava influenciado pelas concepções do Direito Romano. O Direito por excelência continua a ser o direito privado, basta recordar que as duas principais codificações francesas foram o Código Civil Napoleônico de 1804 e o Código Comercial de consolidação de 1807.

Em contraposição ao modo de surgimento e de desenvolvimento do direito romano-germânico, o Direito inglês possui características singulares derivadas do seu modo de formação durante a Idade Média e a Moderna. O Direito Romano também foi objeto de estudo nas Universidades inglesas desde o surgimento das primeiras faculdades de Direito, contudo, sua influência limitou-se à academia. Isso se deve à circunstância de que, na Inglaterra, diferentemente dos países continentais, não se exigia o título universitário para o exercício das profissões jurídicas⁵⁸.

Dentre outras características, na Inglaterra, nunca houve Códigos como acontece nos países de tradição romano-germânica. Tão somente em áreas específicas, houve a tentativa de sistematizar o direito de determinada matéria. Por isso, afirma-se que, na Inglaterra, a concepção do Direito está alicerçada no contencioso, na ótica do processo, pois o seu principal objetivo é a solução de litígios judiciais. De antemão, já se nota uma diferença crucial em relação à concepção de Direito predominante no sistema romano-germânico. Enquanto, na França, por exemplo, o Direito é visto como um modelo, um norte e uma diretriz para

⁵⁷ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

⁵⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3.

o comportamento ideal dos indivíduos ⁵⁹, o Direito inglês é pragmático e está preocupado em solucionar problemas concretos ⁶⁰. Por conseguinte, o protagonista do sistema inglês é o julgador, devido a sua atribuição de resolver os problemas trazidos ao Judiciário.

Não é à toa que se afirma que o Direito inglês é um Direito essencialmente jurisprudencial, baseado no respeito a decisões pretéritas. O Direito inglês apresenta-se, pois, como o conjunto das regras processuais e materiais que os tribunais consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios ⁶¹. Assim, a regra de Direito consolidada pelos tribunais ingleses não possui caráter de generalidade, como acontece com a regra de Direito advinda do legislador racional nos países de tradição romano-germânica.

Influenciado pela concepção medieval de Direito como um uso imemorial, o Direito inglês passou a ser identificado com os costumes antigos do Reino, algo pré-existente, que necessita tão somente da descoberta pelo magistrado. Em razão disso, afirma-se que o Direito é declarado, ao invés de criado pelo julgador. Historicamente, esse entendimento também vale para os atos do Parlamento, vistos como a afirmação desse direito antigo, no que se conclui que até mesmo o Parlamento é limitado pelo Direito já pré-existente ⁶².

Essas diferenças entre as duas tradições jurídicas se devem a circunstâncias históricas de cada país. Por exemplo, a conquista da Inglaterra pelos normandos, realizado por Guilherme II, o Conquistador, e as características do feudalismo inglês, diferente do ocorrido nos países continentais, contribuíram decisivamente para o desenvolvimento peculiar das instituições do Reino inglês, não sendo diferente o Direito ⁶³.

⁵⁹ “O direito continua a ser visto, antes de mais nada, como um modelo de organização, uma espécie de moral social; nossa regra de direito visa ensinar aos indivíduos como devem se comportar. [...] Os códigos são vistos como um ponto de partida, uma base a partir da qual se desenvolve o raciocínio dos juristas, para descobrirem a solução a aplicar”. DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

⁶⁰ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.3.

⁶¹ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3.

⁶² MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 203 – 223, out./dez. 2006.

⁶³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 209.

No Reino inglês, coexistiam dois tipos de jurisdição: a jurisdição tradicional, a cargo do senhor feudal, que se baseava nos costumes locais, e a jurisdição dos Tribunais Reais. Como já dito, o *common law* não conhece bem a clássica distinção entre direito privado e direito público, típico da tradição do *civil law*. Todavia, pode-se, analogamente, considerar o Direito aplicado pelos Tribunais Reais uma espécie de direito público, cuja abrangência era todo o Reino, distinto do Direito baseado nos costumes locais. Por essa característica, o Direito elaborado e aplicado pelos Tribunais Reais era chamado *comune ley* ou *common law*. Num primeiro momento, a jurisdição real era uma jurisdição de exceção, pois a sua competência era restrita a lides em que havia interesse da Coroa inglesa em jogo. Com o passar dos séculos, gradativamente ⁶⁴, os cidadãos abandonaram as jurisdições locais e dirigiram-se aos Tribunais Reais. Esse movimento deu-se pelo fato de o julgamento nos Tribunais Reais adotar técnicas processuais mais modernas e possuir um sistema mais efetivo de execução das decisões, sem desconsiderar, outrossim, o interesse dessas Cortes em aumentar sua competência e seu prestígio ⁶⁵.

Em virtude do alargamento da competência dos Tribunais Reais, o *common law*, isto é, o produto das decisões dessas Cortes, deixou de ser tão-só o direito público de outrora, em direção a um sistema geral de regras tendente a regular as diversas situações da vida cotidiana, e abarcar, doravante, conflitos que não envolviam, diretamente, os interesses da Coroa, a exemplo dos conflitos entre particulares (uma espécie de “direito privado”). A partir do século XV, com a consolidação do Estado Nacional inglês, as jurisdições locais perderam o pouco que restava da sua importância. Apesar de, em teoria, as jurisdições reais possuírem ainda competência excepcional, na realidade, elas tornaram-se jurisdições de direito comum, com competência universal. A única consequência prática da permanência de seu caráter excepcional era a necessidade de os litigantes provarem, seguindo as rígidas regras processuais existentes, que o seu litígio estaria dentro da competência dessas Cortes ⁶⁶.

⁶⁴ Essa mudança ocorreu gradativamente, sobretudo, em virtude da resistência imposta pelos senhores feudais, que não aceitaram perder seu prestígio e os rendimentos advindos da administração das jurisdições locais. No entanto, com o declínio do feudalismo e a consolidação do Estado Nacional inglês, os senhores feudais perderam seu prestígio e sua força política e econômica, ao passo que o Rei assumia maior poder e controle sobre o Reino.

⁶⁵ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.

⁶⁶ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5 - 6.

Esse percurso histórico marcou profundamente o desenvolvimento do *common law*. A relevância conferida às normas de processo desenvolvidas pelos Tribunais Reais resultou no brocardo latino *Remedies precede Rights*. Assim, antes do julgamento de mérito, era imprescindível que se convencesse o tribunal sobre sua competência perante o caso que justificasse a adjudicação pela jurisdição real. Ademais, os “juízes e advogados só puderam elaborar a *common law* utilizando os conceitos ligados a essas normas processuais; só se pode ampliar o âmbito estreito dessas normas de precedente em precedente; não foi possível acolher as categorias racionais e os princípios de direito romano”⁶⁷. Em virtude do formalismo excessivo das normas processuais, o desenvolvimento do *common law* foi difícil e moroso. Somente de forma progressiva, o formalismo processual se atenuou, devido a fatores externos ao *common law*, como, por exemplo, a criação e a consolidação da *Equity* como jurisdição alternativa à do direito comum. Entretanto, tal apego ao formalismo processual já havia contaminado sensivelmente o imaginário dos juristas ingleses, atentos sempre ao direito processual e suas particularidades, ao invés de centrar-se no direito material. Por isso, afirma-se que o direito inglês possui caráter eminentemente contencioso, dominado pelas regras de processo⁶⁸.

Somente no século XIX, com a reforma no Direito inglês propiciada pelos *Judicature Acts* (1873-1875) e a incorporação da *Equity* ao sistema de direito comum, foram abolidos os diversos ritos processuais remanescentes das jurisdições reais, além de, definitivamente, ter-se retirado o caráter de excepcionalidade da competência das jurisdições reais. Assim, houve a simplificação e a modernização dos ritos processuais, ao passo em que o direito material assumiu maior relevo, já que o mérito da lide ganhou destaque em detrimento das questões meramente procedimentais⁶⁹.

Com o novo papel assumido pela legislação, durante o século XX, em decorrência das obrigações impostas pela adoção do Estado de Bem Estar Social na concretização de direitos sociais, econômicos e culturais, o incremento da legislação no Direito inglês não foi tão fácil como em países de tradição romano-germânica, ou até mesmo nos Estados Unidos da América, que já estavam mais

⁶⁷ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.6.

⁶⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 6 – 7.

⁶⁹ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.10 – 11.

habitados a normas gerais e abstratas. Acostumados a retirar a regra de Direito de casos concretos, de precedente em precedente, a necessidade de interpretar normas genéricas e abstratas causou enorme confusão aos juristas ingleses. Por esse motivo, René David afirma que “o jurista inglês fica desorientado pela legislação; o legislador inglês não sabe redigir bem suas leis, e o jurista não as sabe aplicar bem”⁷⁰. O juiz inglês está habituado a trabalhar com a técnica de distinções, pelo manejo dos precedentes, que possibilita a solução dos casos concretos, ao invés de partir seu raciocínio de textos normativos escritos, genéricos e abstratos.

O Direito inglês confere relevância aos precedentes, isto é, ao conjunto de regras, processuais e materiais, cujo reconhecimento foi dado pelos juízes em casos julgados anteriormente. A autoridade do precedente está no cerne do *common law* e consiste na própria condição de existência de um Direito inglês e de um Poder Judiciário na Inglaterra, porquanto, somente com a deferência ao precedente, pode-se assegurar sistematicidade a esse ordenamento jurídico, haja vista que, desde época antiga, havia coletâneas de jurisprudência e observância desses julgados pelos juízes posteriores.⁷¹ Como o *common law* não é fruto do soberano (Rei ou Parlamento), o Direito inglês é resultado do trabalho e da experiência de juízes de Tribunais superiores, encarregados da missão de zelar pela administração da justiça e de conduzir o desenvolvimento do Direito⁷².

Em determinadas épocas, como no período da expansão do comércio marítimo e na Revolução Industrial do país, a vinculação ao precedente ficou mais firme, com o escopo de conferir maior segurança jurídica às relações jurídicas. Ademais, juntamente com a regra do respeito à autoridade do precedente, houve o desenvolvimento da técnica da distinção (*distinguishing*). Por conseguinte, muito embora houvesse a obrigação de seguir os precedentes, havia a possibilidade de efetuar distinção entre o caso *sub judice* e o caso apontando como precedente. Isto significa que o juiz, ao aplicar uma regra de Direito extraída de um precedente, deverá levar em consideração as circunstâncias do caso em análise, em cotejo com as circunstâncias do caso que ensejou a regra exposta no precedente tomado como base. Dessa forma, se na lide houver elementos, fatos ou circunstâncias que não

⁷⁰ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

⁷¹ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.13.

⁷² DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 18.

foram levados em conta pelo julgador no caso que ensejou o precedente, o juiz, no caso concreto, poderá complementar o precedente, utilizá-lo parcialmente ou até mesmo descartá-lo, em busca de uma solução mais razoável e compatível com o caso submetido a sua análise.

É por meio da técnica da distinção que o Direito pode se aperfeiçoar e se atualizar, ao moldar os precedentes consoantes às circunstâncias do momento histórico. René David compara a técnica da distinção do modelo inglês com o papel da doutrina e da jurisprudência nos países de tradição romano-germânica na sua tentativa de “atualizar” os textos normativos produzidos pelo legislador racional em determinado momento. A interpretação dos textos legais e a técnica da distinção são mecanismos que revelam o Direito como “algo vivo”, apesar de preservar técnicas que dotem certo grau de imutabilidade ao sistema jurídico, tais como a codificação, na Europa continental, e a autoridade dos precedentes, no modelo do *common law*.⁷³

2.3.1 O Direito Constitucional Inglês

A Inglaterra nunca teve uma Constituição escrita e sistematizada, nos moldes da Constituição dos Estados Unidos da América ou do Brasil. Sua Constituição é considerada histórica, material. Aliás, a própria noção de Constituição é muito imprecisa para os ingleses. Em verdade, foi Montesquieu o responsável por mostrar aos ingleses que eles possuíam, de fato, uma Constituição. A determinação das matérias de natureza constitucional só é possível mediante a comparação com o Direito Constitucional de outros países democráticos, em face da ausência de uma Constituição formal, escrita e solene ⁷⁴.

Apesar do vanguardismo inglês na defesa das liberdades individuais, consubstanciado na Magna Carta, em 1215, no *Habeas Corpus Act*, em 1679, e na *Bill of Rights*, em 1689, não houve a consolidação de uma Constituição escrita e formal responsável pela enunciação dos direitos e garantias individuais e pela organização administrativa do Estado. No entanto, embora a ausência de uma Carta Constitucional, a Inglaterra foi pioneira no combate ao Absolutismo monárquico e no

⁷³ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.14 – 15.

⁷⁴ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 73.

desenvolvimento de instituições democráticas, cujo modelo serviu de exemplo aos outros países ocidentais.

Dessa forma, pode-se apontar que a Constituição inglesa é composta pelas práticas, pelas instituições, pelos *statutes*, pelos precedentes e pelos remédios processuais que determinam a organização do Estado e impõem limites ao exercício da autoridade, além de consagrar os direitos e garantias fundamentais. Aliás, esse é o típico conceito material de Constituição ⁷⁵, consagrado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada e nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição”.

Apesar da longevidade de marcos jurídicos de conteúdo constitucional, como a Magna Carta (1215), a expressão Direito Constitucional (*Constitutional Law*) é bem recente na Inglaterra. Isso porque o tradicional Direito Constitucional inglês atenta-se aos instrumentos processuais pelos quais é possível impor ao Estado o respeito ao Direito, por intermédio do Poder Judiciário, tendo em vista a concepção do Direito inglês como essencialmente jurisprudencial, baseado na ideia de contencioso e de processo. Assim, historicamente, o Direito Constitucional é o estudo do modo como são protegidas as liberdades públicas e como é feito o controle judiciário dos atos administrativos ⁷⁶. Diferentemente do Direito Constitucional dos países romano-germânicos e até mesmo de países que adotam o

⁷⁵ Segundo a doutrina brasileira tradicional de Direito Constitucional, a Constituição em sentido material é: “em sentido material, i.e., quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74; “Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício de autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 80; “O problema do conteúdo da Constituição, por sua vez, guarda relação (mas não se sobrepõe integralmente) com a noção de uma identidade constitucional, que, embora em processo de permanente reconstrução – aqui cai bem a figura de uma constituição viva – permite vislumbrar uma espécie de fio condutor mínimo, formado pelos assim chamados elementos constitucionais essenciais (que, de resto, também não pode ser galvanizado como um rol fechado em relação ao câmbio da realidade) de premissas que se forem afastadas ou mesmo, a depender do caso, afetadas significativamente, podem comprometer, precisamente, tal identidade, razão pela qual se previu, entre outros mecanismos, a existência das assim chamadas cláusulas pétreas, que tem por objeto, precisamente, a preservação da identidade da Constituição”. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 79.

⁷⁶ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 75 - 76.

common law, a exemplo dos Estados Unidos da América, matérias tais como separação e organização dos poderes do Estado, estrutura administrativa do Estado e relações entre os diversos Poderes são da alçada da ciência política ou da ciência da administração pública, e não do Direito, visto que essas matérias não podem ser objeto de controle jurisdicional⁷⁷. Os ingleses rejeitam juridicizar esses temas devido à rigidez assumida pelas regras de Direito em seu sistema jurídico. Esses assuntos devem ser resolvidos segundo o caminho e o tempo da política, por métodos mais flexíveis, na busca de harmonização segundo as circunstâncias do momento. A adoção de regras de Direito nesses temas levaria ao engessamento dessas matérias, pois estariam dependentes de normas processuais formais e da força vinculativa dos precedentes.⁷⁸

Portanto, o tradicional Direito Constitucional inglês consiste basicamente na proteção às liberdades públicas, isto é, a vida, a liberdade e a propriedade das pessoas. Devido ao viés mais pragmático do Direito inglês, sua preocupação central está mais na adoção de mecanismos eficazes na salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais, em detrimento da mera proclamação de direitos desprovidos de meios que outorguem plena efetividade⁷⁹. Não é à toa que o instituto do *habeas corpus* desenvolvido na Inglaterra serviu de modelo a inúmeros países ocidentais, seja da tradição anglo-saxã como da romano-germânica, em virtude da sua efetividade em tutelar a liberdade fundamental de ir e vir. Tal aspecto do Direito Constitucional reforça o já mencionado brocardo latino *Remedies precede rights*, que caracteriza a tradição jurídica forjada na Inglaterra.

⁷⁷ “Para os ingleses, as convenções [constitucionais] não são Direito. É que o *common law* tem origem marcadamente processual. O Direito consiste essencialmente de normas processuais e de ações na Justiça, e não de normas de organização do Estado e divisão de competências. Sem embargo, apesar de não serem propriamente Direito, as convenções são efetivamente obedecidas até que caiam em desuso, surja um novo precedente capaz de alterá-las, ou até que o Parlamento resolva dispor sobre o assunto em lei. Nem o Primeiro Ministro, nem o Gabinete, nem a Rainha foram criados e tiveram, em sua origem, competências fixadas por lei. São frutos de convenções, as quais são historicamente observadas. É convenção constitucional, por exemplo, o não uso do direito de veto pelo Monarca no processo legislativo. Desde a Rainha Ana, em 1707, nenhum Rei vetou um projeto de lei do Parlamento, o que significa dizer que a Rainha da Inglaterra, no século XXI, observará – e assim efetivamente faz – tal prática. Não existe preocupação de que a Rainha venha a exercer seu direito de veto, eis que ela simplesmente não o fará”. CYRINO, André Rodrigues. *Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, Corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. Novel espécie de Judicial Review?* **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 5, p. 29, 2007.

⁷⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 74-75.

⁷⁹ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 76.

Nos últimos anos, com a sujeição derivada da assinatura de tratados e de convenções internacionais, juntamente com a influência do direito romano-germânico e do estadunidense, houve incremento de leis constitucionais no sistema jurídico inglês. Primeiramente, como já assentado, no início do século XX, no compasso do aumento da complexidade da sociedade contemporânea e das exigências requeridas pelo modelo de Estado do constitucionalismo social, houve o incremento progressivo dos *statutes*, muitos de natureza constitucional.

Quanto às leis constitucionais, é importante destacar que, por se tratar de uma Constituição histórica, não existe um procedimento específico e mais rígido para a elaboração/modificação de uma lei constitucional, em comparação ao rito utilizado para a promulgação de leis ordinárias. Por isso, na teoria constitucional, afirma-se que a Constituição inglesa é uma Constituição flexível, porquanto a diferença entre lei constitucional e lei ordinária está apenas no conteúdo⁸⁰. A flexibilidade constitucional é consequência de um princípio consagrado no constitucionalismo inglês, o da supremacia do Parlamento (*supremacy of Parliament*)⁸¹. O Parlamento não poderia estar submetido a um texto hierarquicamente superior aprovado por gerações passadas, como ocorreu no constitucionalismo norte-americano, e que depois se irradiou a outros países democráticos ocidentais.

2.3.2 *Magna Charta Libertatum* (1215)

A Magna Carta, redigida em latim, consistiu numa concessão solene do Rei João Sem Terra aos barões feudais e aos membros do alto clero da época, cujo objetivo era assegurar certos direitos e privilégios a esses estamentos sociais. A declaração foi redigida sem divisões e nem parágrafos, apesar de ser apresentada

⁸⁰ De acordo com a doutrina jurídica tradicional de Direito Constitucional no Brasil, as Constituições flexíveis são: "são as constituições cujo texto pode ser alterado pela legislação ordinária, mediante procedimento idêntico ao utilizado pela alteração das leis. Daí resulta que a hierarquia formal entre constituição e legislação ordinária deixa de existir, pois o próprio legislador ordinário está autorizado a alterar o texto constitucional". SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 56; "Constituições flexíveis são aquelas que não exigem nenhum requisito especial de reforma. Podem, por conseguinte, ser emendadas ou revistas pelo mesmo processo que se emprega para fazer ou revogar a lei ordinária. País típico de Constituição flexível é a Inglaterra, onde as partes escritas de sua Constituição podem ser juridicamente alteradas pelo Parlamento com a mesma facilidade com que se altera a lei ordinária". BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 83.

⁸¹ CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, Corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. *Novel espécie de Judicial Review?* **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 5, p. 31, 2007.

como composta por um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas. De início, elaborada como documento provisório, a Magna Carta foi confirmada por sete sucessores do Rei João Sem Terra ⁸².

No início do século XIII, o Rei João Sem Terra sofreu enorme desgaste político perante os senhores feudais por causa do incremento da tributação, para fazer face aos dispêndios advindos dos conflitos travados contra a França. Malgrado os gastos da Coroa, os ingleses perderam a soberania sobre o ducado da Normandia para o Rei francês Filipe II. Sem esquecer, ademais, da disputa entre o Rei inglês e o Papa, tendo como pano de fundo a investidura dos cargos eclesiásticos na Inglaterra (a disputa ficou conhecida como “querela das investiduras” ⁸³). Com um soberano fraco, debilitado pelo envolvimento em guerras e pela majoração de tributos, os nobres feudais reagiram, empunharam armas e chegaram a ocupar Londres ⁸⁴, fatos que desencadearam reação do Rei João Sem Terra, que, numa tentativa de preservar seu poder, aceitou certas limitações de suas prerrogativas, tal como o poder de tributar, doravante subordinado à autorização dos nobres ingleses reunidos num Conselho.

Em que pese a sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei, a Magna Carta constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Ela foi, por conseguinte, antes um foral do que um contrato de senhorio. Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuíam poderes regalianos, individualmente, a certos vassalos. No caso, não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam, portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas. Mais do que isso, porém, a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. ⁸⁵

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83.

⁸³ A querela das investiduras foi um conflito entre o Papa e alguns Reis da Europa por causa da interferência dos soberanos na nomeação de cargos eclesiásticos. Alguns Reis assumiram a prerrogativa de nomeação dos cargos ou exigiram a aceitação real sobre as indicações papais para a ocupação de cargos no seu país.

⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 86.

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91-92.

Comparato afirma que, se num primeiro momento, a Magna Carta serviu como uma afirmação do regime feudal, ao conferir privilégios aos senhores feudais e aos membros do alto clero, ao longo prazo, esse documento jurídico-político inovou ao ponto de destruir os alicerces do sistema estamental, característico da sociedade feudal, além de antecipar valores que marcarão as democracias modernas, ou, nas palavras do autor, “graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII”⁸⁶. Marques⁸⁷ aponta que, somente com Henrique III (1216-1272), a Magna Carta assumiu um significado distinto, já que, de início, foi um documento provisório e, posteriormente, é que foi considerada um *statute* que afirma o direito antigo, passando, pois, a integrar o *common law*.

Logo no início do documento da Magna Carta, há o reconhecimento das liberdades religiosas, notadamente a prerrogativa da Igreja Católica na nomeação dos cargos eclesiásticos, sem qualquer anuência do Rei. Em seguida, há a afirmação de vários direitos: a consagração do brocardo *no taxation without representation*, porquanto a instituição e a majoração de tributos dependem do consentimento dos súditos, por intermédio de deliberação do Conselho composto pelos nobres⁸⁸; a proibição do confisco da propriedade dos súditos; o

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92. “O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. Se no início do século XIII os governados ainda não constituíam uma unidade homogênea – o povo da teoria democrática -, eles tendiam a sê-lo, por força do movimento histórico lembrado acima. Aliás, a declaração final da primeira cláusula, segundo a qual o rei e seus descendentes garantiriam para sempre, a todos os homens livres do reino, as liberdades a seguir enumeradas, representou o primeiro passo para a superação oficial das divisões estamentais, pois o que contra doravante é, antes de tudo, o *status libertatis*, independentemente de qualquer outra condição pessoal”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

⁸⁷ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 205, 2006.

⁸⁸ “12. Nenhuma taxa de isenção do serviço militar (*scutagium*) nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e para isto, tão somente, uma contribuição razoável será lançada. [...] 14. E para obter o consentimento do conselho comum do reino a respeito do lançamento de uma contribuição (exceto nos três casos supramencionados), ou de uma taxa de isenção do serviço militar, convocaremos os arcebispos, bispos, abades, condes e os principais barões, individualmente por carta – e, ademais, convocaremos de modo geral, por meio de nossos xerifes e bailios, todos os que nos têm como suserano – para uma data determinada,

reconhecimento da função judicante como uma função pública, consistente num poder-dever do Rei, circunscrita por algumas balizas, como o paralelismo entre crimes e penas ⁸⁹, o julgamentos por pares e de acordo com a lei da terra ⁹⁰.

Cabe assentar que o Parlamento inglês, do seu surgimento até a Revolução Inglesa do século XVII, era um mero Conselho real, convocado e dissolvido segundo os arbítrios do Rei ⁹¹. Consistia num conselho composto pelos nobres do Reino, a fim de subsidiar as decisões do soberano. Somente após a Revolução Gloriosa, o Parlamento adquire um novo patamar no cenário político-jurídico da Inglaterra, como órgão permanente, autônomo e soberano.

2.3.3 Importância do Século XVII para a Formação do Constitucionalismo Moderno

Durante as décadas de domínio dos Stuarts na Inglaterra, no século XVII, com o Absolutismo monárquico em pleno vigor, após a dinastia Tudor ⁹², houve permanente conflito entre os diversos setores da sociedade britânica. Os Stuarts, de origem escocesa, rivalizavam com os puritanos (protestantes ingleses de influência calvinista) por causa das restrições impostas à prática do seu protestantismo. Outrossim, os Stuarts aprofundaram as políticas absolutistas, mediante a instituição de novos tributos e também as reiteradas dissoluções do Parlamento, fatos que, indubitavelmente, desagradavam os nobres ingleses. Nesse interstício da Dinastia

mais exatamente, após transcorridos pelo menos quarenta dias, e em local certo; e em todas as cartas convocatórias, especificaremos a razão da convocação". COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

⁸⁹ "20. Um homem livre não será punido por um delito menor (*parvo delicto*), a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (*salvo contemento suo*)". COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

⁹⁰ "39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatum*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*)". COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 97.

⁹¹ "Durante o reinado de James I (1603-1625), foram dez anos sem Parlamento e três dissoluções. No de Charles I (1625-1649), foram quatro dissoluções e, dentro desse período, onze anos sem Parlamento. Cumpre destacar que, antes da guerra civil, o Parlamento não era um órgão permanente da política inglesa, mas apenas uma assembléia temporária e aconselhadora que o monarca podia dissolver". MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como paramount law. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 217, 2006.

⁹² Somente a partir da dinastia Tudor, após o período turbulento marcado por duas grandes guerras - a guerra dos cem anos (1337-1453) contra a França e a guerra interna das Duas Rosas (1455-1485) -, houve a consolidação do Estado Nacional inglês e o apogeu do Absolutismo na Inglaterra.

dos Stuarts ⁹³, ainda houve uma curta experiência republicana na Inglaterra, sob a liderança de Oliver Cromwell, após a execução do Rei Carlos I e a deflagração da Revolução Puritana de 1649.

Em meio a esse período atribulado da vida política britânica, deu-se o desenvolvimento de uma filosofia política, o constitucionalismo, em busca de limitar os poderes do soberano e assegurar as liberdades individuais dos súditos (nesse ponto, a liberdade religiosa assume extrema importância). Após o insucesso da *Petition of Right*, que visava garantir o fim das prisões arbitrárias e a submissão do poder de tributar ao Parlamento, somente com a Revolução Gloriosa em 1688, a queda de Jaime II e a ascensão de Guilherme de Orange ao Reino britânico ⁹⁴, o Parlamento conseguiu impor sua agenda política, por meio da imposição da *Bill of Rights* ao novo soberano, deveras consolidando uma monarquia constitucional, ancorada na limitação do poder real e na garantia de alguns direitos e liberdades individuais dos súditos, como a prerrogativa de criar tributos por intermédio do órgão de representação popular ⁹⁵.

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral, o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente. [...] Allí, donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control. [...] En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los

93 “A era inicial da dinastia Stuart, vista como uma constante disputa pela autoridade política, é fundamental para a história constitucional inglesa e para a tradição constitucional ocidental em vários pontos. Os mais importantes, sem dúvida, são a autonomia do judiciário e do parlamento e a conseqüente limitação do monarca pelo direito”. MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como paramount law. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 208, 2006.

94 “Reunido por sua própria iniciativa, o Parlamento declarou então vago o trono da Inglaterra, e decidiu operar uma mudança dinástica. A coroa foi oferecida, conjuntamente, ao Príncipe de Orange e à sua mulher, Maria de Stuart, filha mais velha de Jaime II, a qual professava a religião protestante. Os novos soberanos tomaram os nomes de Guilherme III e Maria II, após aceitarem, em sua integralidade, uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) votada pelo Parlamento, a qual passou a constituir uma das Leis Fundamentais do reino”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.

95 “Que o pretenso poder régio de suspender a vigência ou a execução das leis, sem o consentimento do Parlamento, é ilegal; Que o pretenso poder régio de dispensar a obediência às leis, ou da sua execução, como foi feito ultimamente, é ilegal; Que a cobrança de impostos para uso da Coroa, a título de prerrogativa, sem autorização do Parlamento e por um período mais longo ou por modo diferente do autorizado pelo Parlamento, é ilegal; Que os súditos têm o direito de petição ao rei, sendo ilegais todas as prisões e perseguições contra o exercício desse direito”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 109.

destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder.⁹⁶

Devido aos fatos históricos relatados, a Inglaterra foi a pioneira na consolidação do constitucionalismo como uma espécie de filosofia política da democracia liberal. O *Rule of Law*, isto é, o princípio do Estado de Direito inglês é configurado nesse período pós Revolução Inglesa, centrado na supremacia do Parlamento sob o poder real. Posteriormente, as Revoluções liberais em outros países ocidentais sofreram os influxos dos ideais consolidados pelos ingleses, verificado, sobretudo, na Revolução norte-americana de 1776.

2.3.4 A Supremacia do Parlamento (*Supremacy of Parliament*)

A partir da Revolução Gloriosa, o Parlamento assume o posto de principal instituição da estrutura política britânica. No final do século XIX, A. V. Dicey, um dos mais importantes constitucionalistas ingleses, afirma que a soberania do Parlamento é a característica dominante das instituições políticas britânicas⁹⁷. Segundo o autor, as alegadas limitações jurídicas à soberania do Parlamento são inverídicas, visto que o Parlamento possui a prerrogativa de fazer ou desfazer qualquer tipo de lei e ninguém pode se furtar ao cumprimento da legislação emanada pelo órgão legislativo.

O princípio da soberania do Parlamento deverá, visto sob uma perspectiva positiva, ser assim descrito: qualquer Lei, ou qualquer parte de Lei do Parlamento, que cria Direito, revoga ou modifica um Direito existente, deverá ser observada pelos Tribunais. O mesmo princípio, analisado sob uma perspectiva negativa, deverá ser assim entendido: Não há pessoa ou órgão que pode, conforme a Constituição inglesa, criar regras que revoguem ou derroguem Leis emanadas pelo Parlamento, ou que – para expressar a mesma coisa em outras palavras – sejam impostas pelos Tribunais em desconformidade com uma Lei do Parlamento. [...] O importante é deixar claro que a doutrina da soberania do Parlamento é, tanto num

⁹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 150-151.

⁹⁷ No original: "The sovereignty of Parliamentary is the dominant characteristic of our political institutions." DICEY, A. V. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Classics, 1915. p. 3.

aspecto positivo e num aspecto negativo, totalmente reconhecida pelo Direito da Inglaterra. (Tradução nossa) ⁹⁸

Com a afirmação do princípio da soberania do Parlamento, após a Revolução Inglesa, esse órgão legislativo assegurou poderes ilimitados, ao ponto de se afirmar que o Parlamento pode fazer tudo, menos transformar uma mulher em homem, e um homem em uma mulher ⁹⁹. Dicey elenca inúmeros precedentes que evidenciam a autoridade suprema do Parlamento na criação de normas jurídicas genéricas e abstratas ¹⁰⁰. Ademais, no contexto da emancipação política do Parlamento, os principais juristas, com exceção de Edward Coke, tomaram partido em favor do órgão legislativo, ao sustentarem que a autoridade do Rei estava subordinada ao Direito emanado do Parlamento e do *common law*. Uma das consequências da supremacia do Parlamento foi a dissolução dos Tribunais Reais, com a conquista da independência do Poder Judiciário ¹⁰¹.

2.3.5 Antecedentes Históricos do Controle Judicial de Constitucionalidade: a influência de Edward Coke

Mauro Cappelletti ¹⁰², ao criticar a afirmação do constitucionalista norte-americano James A. Grant, para quem o controle judicial de constitucionalidade de leis e/ou atos normativos é uma contribuição original dos Estados Unidos da América à ciência política, apresenta alguns precedentes do controle jurisdicional de

⁹⁸ No original: "The principle then of Parliamentary sovereignty may, looked at from its positive side, be thus described: Any Act of Parliament, or any part of an Act of Parliament, which makes a new law, or repeals or modifies an existing law, will be obeyed by the Courts. The same principle, looked at from its negative side, may be thus stated: There is no person or body of persons who can, under the English Constitution, make rules which override or derogate from an Act of Parliament, or which (to express the same thing in other words) will be enforced by the Courts in contravention of an Act of Parliament. (...) The important thing is to make clear that the doctrine of Parliamentary sovereignty is, both on its positive and on its negative side, fully recognized by the Law of England". DICEY, A. V. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Classics, 1915. p. 4.

⁹⁹ "Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman". DICEY, A. V. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Classics, 1915. p. 5.

¹⁰⁰ DICEY, A. V. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Classics, 1915. pp. 6 e ss.

¹⁰¹ BERMAN, Harold J.. O fundamento histórico do direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano**. Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 17.

¹⁰² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

constitucionalidade das leis, já numa tentativa de impor limite à atuação do legislador, cujos antecedentes mais antigos remontam à Antiguidade clássica.

Muito embora os Estados Unidos da América tenham sido, de fato, o primeiro país a adotar um sistema efetivo de controle de constitucionalidade de leis, havia, em sistemas jurídicos mais antigos, uma preocupação em conferir superioridade a certas leis, cuja alteração não fosse subordinada ao procedimento comum de modificação legislativa. Já no Direito da cidade de Atenas, na Grécia Antiga, existia a diferenciação entre o *nómos* e o *pséfisma*, a refletir a necessidade de distinção entre normas. O *nómos* seria uma espécie de lei constitucional, responsável pela organização da cidade-Estado, cuja modificação deveria obedecer a um procedimento especial, recheado de garantias, inclusive, de responsabilização pessoal do cidadão que causasse alterações indevidas no *nómos*. Enquanto o *pséfisma* seria o resultado da deliberação ordinária dos assuntos cotidianos pela Eclésia (a Assembleia Popular em Atenas). Todavia, essas deliberações não poderiam contradizer os *nómoi* vigentes, sob pena de ilegalidade. Se, porventura, houvesse a aprovação de um *pséfisma* que contrariasse um *nómos*, configurar-se-ia a responsabilização pessoal do cidadão que ensejou a aprovação, e como consequência da ilegalidade, o juiz ateniense não poderia ser compelido a julgar casos concretos de acordo com um *pséfisma* eivado desse vício¹⁰³. Posteriormente, durante a Idade Média, com os ensinamentos de São Tomás de Aquino, ganhou prestígio a ideia de direito natural, caracterizado por ser uma norma superior, de origem transcendental, na qual todas as outras normas deveriam se inspirar e obedecer¹⁰⁴. Dessa forma, o jurista medieval estaria desincumbido de aplicar o direito do soberano caso esse infringisse os limites impostos pelo direito natural. A norma do direito natural seria superior, imutável e inderrogável.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 49 – 51.

¹⁰⁴ “O jusnaturalismo teológico, desenvolvido sob o respaldo do Cristianismo medieval, chega ao ápice na obra de Tomás de Aquino, que classificou as leis em eternas, naturais e humanas e fixou o direito natural como base do conceito de direito. A *lex aeterna*, incognoscível, é a lei divina por essência, a qual, quando revelada de modo ínfimo, difuso, pelo que ele denomina “participação” ou “irradiação”, constitui a *lex naturalis*, em grande parte acessível à natureza racional do homem, iluminada pela revelação da Santa Madre Igreja, embora seus últimos princípios, radicados na lei eterna, permaneçam incognoscíveis. A *lex humana* explicita a lei natural a fim de capacitá-la à regulação jurídica da sociedade, através de processos como a conclusão (dedução silogística do conteúdo da *lex naturalis*) e a determinação (fixação dos princípios práticos de atualização do direito natural, como, por exemplo, a fixação de penas)”. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 20.

Todavia, o mais importante precedente histórico do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, sobretudo pelo fato de se encontrar na tradição do *common law*, consiste na contribuição de Sir Edward Coke, Presidente do Tribunal de Apelação (*Common Pleas*) e, posteriormente, do Tribunal Superior de Justiça (*King's Bench*) da Inglaterra ¹⁰⁵, durante a primeira metade do século XVII. Segundo o jurisconsulto inglês, o *common law* é fundado na Razão e a lei (*statute*) não era criação do soberano, pois esse somente detinha a prerrogativa de declarar ou de afirmar um Direito já existente. Ensinava que existia uma *ancient constitution*, que, historicamente, delimitava os poderes dos monarcas. Essa *ancient constitution* estava incorporada ao *common law*, consistindo, na realidade, numa espécie de lei fundamental, que deveria prevalecer sobre o direito legislado (o *statutory law*) ¹⁰⁶. A função do legislador seria apenas complementar o *common law*, nunca poderia violá-lo ou inová-lo. Portanto, segundo essa concepção, grande parte do Direito restaria subtraído da competência do soberano.

Na doutrina de Sir Coke, o Judiciário adquire um novo *status* político, com mais autonomia em relação ao soberano ¹⁰⁷. Como é o órgão responsável pela interpretação e pela aplicação do Direito comum, também é o incumbido da prevenção e da repressão às tentativas de violação da *ancient constitution* e do próprio *common law*. Para ele, o Direito detém uma racionalidade própria, somente compreendida pelo jurista, aquele inserido no meio jurídico, que havia dedicado longos anos da sua vida ao estudo e à prática jurídica ¹⁰⁸.

Para a devida compreensão da construção teórica de Edward Coke, é imprescindível apontar que o contexto histórico vivenciado pela Inglaterra, quando da sua elaboração teórica, foi o descrito no tópico acima, durante o apogeu do Absolutismo e a dinastia dos Stuarts. Numa tentativa de responder ao despotismo da época, Sir Edward Coke defende a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a

¹⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Anderson V. **Estado de Nações**: Hobbes e as relações internacionais no século XXI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 25 – 26.

¹⁰⁷ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 208, 2006.

¹⁰⁸ “Coke enxergava na figura do juiz um intérprete do conhecimento empírico-jurídico criado durante séculos e que deveria nortear a sua conduta na busca da realização da justiça.” TEIXEIRA, Anderson V. **Estado de Nações**: Hobbes e as relações internacionais no século XXI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 24.

Nação ¹⁰⁹ e a proeminência do *common law* em relação às leis emanadas do Rei. Em contraposição à pretensão de James I (1567 - 1625) de exercer pessoalmente o Poder Judiciário, Coke argumenta que apenas os juízes poderiam exercer a função judicante, porquanto estavam imiscuídos na ciência do direito, fruto do estudo e da experiência no meio jurídico. Ademais, o *common law* deve se impor inclusive às deliberações do Parlamento, o que resultava na possibilidade de controle das leis emanadas pelo órgão legislativo pelos órgãos judiciários, sempre que um ato normativo atentasse contra o direito comum.

Essas posições ajudam a entender, no entanto, o que significou a célebre decisão de Coke. Em sua conhecida contenda com o Rei e, portanto, em seu esforço por conter ou limitar o poder real. Coke desenvolveu a ideia de razão artificial, a qual seria uma espécie de raciocínio especializado, técnico, adquirido pelos juristas após longas horas de estudo e observação, bem como por meio da experiência que o exercício da profissão lhes proporcionava. Em grande medida essa importante noção do *common law* ganhou relevo e prestígio porque o Juiz Coke a impôs ao próprio rei. O Rei James I manifestou seu intento de atuar como julgador em contenda de seu interesse e o Juiz Coke, quando foi interpelado pelo Rei, que afirmava ser dotado de razão e razoabilidade suficientes para a tarefa, fundamentou a recusa, ou seja, a proibição de que o monarca atuasse como juiz, explicitando a noção de *artificial reason*. ¹¹⁰

Sem dúvida, *Sir Edward Coke* assume uma posição vanguardista para sua época ao afirmar que cabem aos juízes o controle e a garantia do direito comum. No célebre *Dr. Bonham's case*, ele deixa consignado que o magistrado, não obstante fosse subordinado hierarquicamente ao Rei, deveria resguardar o *common law* contra as investidas do *statutory law*, visto que o primeiro limita a liberdade de conformação do segundo, o que poderia levar à anulação dos atos aprovados em desacordo com o Direito comum. E tal incumbência deveria ser outorgada aos magistrados em decorrência da sua formação técnica e da sua função de zelar pelo *common law* ¹¹¹.

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 58.

¹¹⁰ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. 2013. 204 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013. p. 36.

¹¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106 - 107.

A doutrina de Coke predominou na Inglaterra na primeira metade do século XVII e se espalhou para as colônias inglesas na América. Contudo, após a Revolução Gloriosa de 1688, perdeu prestígio, em virtude do novo papel assumido pelo Parlamento britânico e da consagração do *Rule of Law* na Inglaterra.

Mauro Cappelletti ¹¹² aponta um aparente paradoxo: a Revolução Gloriosa e a consequente supremacia do Parlamento contribuíram para o surgimento do controle judicial de constitucionalidade de leis nos Estados Unidos da América e para a afirmação da supremacia do Poder Judiciário nesse país. Isso decorreu porque as colônias inglesas da América foram regidas por Cartas da Coroa, uma espécie de “Constituição das colônias” ¹¹³. Essas Cartas estabeleciam as normas que organizavam a estrutura estatal das colônias, além de consagrar direitos e deveres dos colonos e das autoridades coloniais, ao vincular tanto a colônia como a metrópole. Dentre as prescrições dessas Cartas, havia a obrigatoriedade de que as leis coloniais fossem “razoáveis” e não contrariassem o Direito do Reino inglês, isto é, não fossem contrárias às leis do Parlamento. Por isso, consolidou o entendimento de que os juízes das colônias na América só deveriam aplicar as leis coloniais se estivessem compatíveis com as leis da metrópole. Logo, nota-se que a afirmação da supremacia do Parlamento na Inglaterra levou à assunção, pelos juízes das colônias na América, da prerrogativa de declarar nulas as leis coloniais que violassem a soberania do Parlamento britânico ou a tradição constitucional inglesa.

Aliás, essa embrionária cultura constitucional presente nas colônias britânicas na América do Norte colaborou com o movimento revolucionário de independência, principalmente em relação à oposição à taxação arbitrária perpetrada pela Coroa britânica. Marques aponta que, após a Lei do Selo de 1765, os colonos se revoltaram não tanto pela taxação em si, porém pela atitude da Inglaterra de não solicitar o aval dos órgãos legislativos coloniais, numa afronta ao

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. pp. 60 e ss.

¹¹³ Mauro Cappelletti aponta que várias colônias norte-americanas foram, inicialmente, constituídas sob a forma de companhias comerciais e regidas por uma espécie de contrato escrito e formal – as *Charters*, entre os colonos e a Coroa britânica, cujo objetivo era estabelecer direitos e deveres para ambas as partes. Ademais, essas Cartas não podiam ser rescindidas unilateralmente. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. pp. 60 e ss.

princípio do *no taxation without representation*, já consagrado na tradição constitucional da metrópole ¹¹⁴.

Essas Cartas da Coroa coloniais refletem a tradição constitucional inglesa nas suas colônias norte-americanas ¹¹⁵. Ao passo que, na Inglaterra, a supremacia do Parlamento, resultado da Revolução Gloriosa, levou à decadência da doutrina de Coke e à perda de poder dos juízes ingleses, nas colônias da América, o efeito foi inverso, pois os juízes assumiram a prerrogativa de controlar o legislador local em face da legislação advinda do Parlamento britânico. Após a independência dos Estados Unidos da América, em 1776, as ex-colônias substituíram as Cartas da Coroa por Constituições, por uma lei fundamental de cada Estado independente. Portanto, não deveria ser motivo de surpresa a ascensão do controle de validade de leis ou de atos normativos contrários à Carta Constitucional pelos membros do Poder Judiciário da nação emergente na América do Norte.

É no mínimo ingenuidade acreditar que uma pessoa possa ter inventado um instituto com conseqüências tão profundas na vida política de uma sociedade. A incorporação da prática do controle de constitucionalidade à tradição político-constitucional é muito mais um produto de um processo lento e gradual do que de um evento único expressado intencionalmente. ¹¹⁶

Por outro lado, há quem argumente que a doutrina de Coke não pode ser apontada como fundamento direto do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, isto é, não haveria “um nexos de causalidade específico entre a decisão de Coke e o *Marbury vs. Madison*” ¹¹⁷, porquanto o contexto histórico, os fundamentos teóricos e a semântica dos conceitos de Edward Coke são totalmente diversos da Era Marshall. Por exemplo, alguns conceitos existentes hoje, como o de Constituição, não eram concebidos da mesma maneira como na época de Sir Edward Coke.

¹¹⁴ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 211, 2006.

¹¹⁵ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 211, 2006.

¹¹⁶ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 213, 2006.

¹¹⁷ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 209, 2006.

Dessa forma, embora como visto acima tenha existido uma espécie de pré-constitucionalismo inglês apto a influenciar nos desenvolvimentos revolucionários posteriores, é somente com a promulgação da Constituição de 1787 e especialmente a partir da decisão *Marbury vs. Madison* que se instalam as premissas para a formação do conceito de supremacia constitucional e a conseqüente teoria do controle judicial de constitucionalidade das leis.¹¹⁸

2.3.6 Uma Revolução no Direito Constitucional inglês: o surgimento de uma Corte Constitucional e o *judicial review* na Inglaterra

Atualmente, o Parlamento britânico perdeu parte dos seus poderes. Essa nova configuração foi corolário das profundas alterações jurídicas e políticas resultantes da adesão do Reino Unido à União Europeia, juntamente com a assinatura de inúmeros tratados e convenções internacionais, principalmente no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Doravante, o Direito inglês está constringido por normas do direito comunitário europeu e dos demais compromissos internacionais, uma opção política que resulta na transferência de algumas competências dos órgãos nacionais para outros agentes, supranacionais, comunitários ou internacionais¹¹⁹. Em virtude disso, a atuação do Parlamento passa a ser limitada por normas de Direito Internacional e/ou Comunitário, mitigando, pois, a soberania consagrada pela doutrina da *supremacy of Parliament*.

A partir do final da década de 1990, o Direito Constitucional da Inglaterra sofreu uma verdadeira Revolução. Primeiramente, ainda no início da década de 90, houve a utilização de alguns julgados de tribunais de outros países, como da Suprema Corte dos Estados Unidos, pela *House of Lords* e pela Corte de Apelação britânica, consistindo numa abertura do tradicional sistema jurídico britânico ao desenvolvimento de diálogos (ou conversações) constitucionais¹²⁰. Posteriormente,

¹¹⁸ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 209, 2006.

¹¹⁹ CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, Corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. *Novel espécie de Judicial Review?* **Revista de Direito do Estado**, v. 5, p. 34, 2007.

¹²⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.177. “Isso aponta para uma crescente tendência do alto judiciário britânico a ‘concordar com a autoridade persuasiva dos valores constitucionais de outras nações democráticas, quando se tratar de disposições ambíguas de leis ou do *common law* que tenham impacto sobre temas de liberdades civis’. Essa maneira de – ao confrontar-se com problemas jurídico-constitucionais, como destacadamente a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa – invocar dispositivos constitucionais e a respectiva jurisprudência de outro país como base para suas próprias decisões, no âmbito de um judiciário enraizado em uma forte tradição jurídica e em uma ordem jurídica que

a promulgação do *Human Rights Act* (1998) e a criação de uma Suprema Corte pelo *Constitutional Reform Act* (2005) levaram ao sistema jurídico-constitucional inglês a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade de leis e de atos normativos e, como consequência, ocorreu o esvaziamento de uma das principais funções da *House of Lords*, até então um dos pilares do constitucionalismo inglês, como órgão de última instância da Justiça britânica.

O *Human Rights Act* incorporou ao ordenamento jurídico nacional os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao passo em que o *Constitutional Reform Act* promoveu a reestruturação do Poder Judiciário do país, ao criar uma Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário, cujo objetivo era assegurar maior independência ao Judiciário face ao Parlamento, fato que culminou no esvaziamento da competência do Comitê de Apelações da *House of Lords* ¹²¹.

Antes dessas alterações legislativas, não havia um órgão do Poder Judiciário com competência de última instância de apelação e nem a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis na Inglaterra. Em verdade, de acordo com a *Appellate Jurisdiction Act* (1876), a *House of Lords*, por meio do seu Comitê de Apelação (*Appellate Committee of the House of Lords*) e de seus Lordes Judiciais (*Law Lords* ¹²²), acumulava a função de última instância do sistema jurídico britânico e a prerrogativa de efetuar o controle de atos normativos oriundos da Administração, levando em conta sua legalidade, razoabilidade e impropriedade. Nesse caso específico, o objetivo central era a preservação da autoridade do próprio Parlamento, pois a *House of Lords* analisava se a Administração Pública havia excedido os poderes delegados pelo órgão legislativo. Portanto, o controle está

não conta com uma Constituição escrita, é um forte indício do desenvolvimento de um transconstitucionalismo. Nesse contexto, embora a opção da ordem jurídica britânica tenha sido pela não adoção de um documento constitucional, tribunais superiores dessa ordem recorrem a textos constitucionais de outros ordenamentos e, inclusive, às respectivas jurisprudências estrangeiras que se dedicam à exegese desses diplomas normativos". NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 177 – 178.

¹²¹ CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, Corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. *Novel espécie de Judicial Review?* **Revista de Direito do Estado**, v. 5, p. 34, 2007; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 75.

¹²² Os *Law Lords*, apesar de integrarem o Comitê de Apelação, são membros efetivos da *House of Lords*, e o *Lord Chancellor*, além de chefe do Comitê de Apelação, acumula as funções executivas do Gabinete. In: CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, Corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. *Novel espécie de Judicial Review?* **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 5, p. 40, 2007.

focado nas normas infralegais, isto é, uma *judicial review* da *secondary legislation*, porém não das leis emanadas por qualquer órgão do Parlamento ¹²³.

Após o início da vigência da *Human Rights Act*, com a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos no ordenamento jurídico inglês e a expressa exigência de que as normas inglesas devam ser interpretadas de acordo com a Convenção ¹²⁴, a *House of Lords* passou a utilizar esta Convenção comunitária como parâmetro para declarar a incompatibilidade de leis emanadas do Parlamento ¹²⁵ ¹²⁶. Todavia, essa declaração de incompatibilidade da lei com as normas comunitárias de Direitos Humanos não acarreta a nulidade dessas atos legislativos ¹²⁷.

Em verdade, o que se fez com o HRA [*Human Rights Act*] foi fixar-se um compromisso entre: de um lado, a necessidade de que se atribuísse aos direitos humanos algum significado maior que um

¹²³ QUEIROZ, Estefania Barboza. A revolução dos Direitos humanos e a expansão do *Judicial Review* nos Estados contemporâneos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 53, jan./jul. 2013.

¹²⁴ “3. Interpretation of legislation

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”. UNITED KINGDOM. **Human rights Act**. 1998, Section 3. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3?view=plain>>. Acesso em: 30 out. 2015.

¹²⁵ “4. Declaration of incompatibility.

(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.

(4) If the court is satisfied—

(a) that the provision is incompatible with a Convention right, and

(b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility”. In: UNITED KINGDOM. **Human Rights Act**. 1998, Section 4. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3?view=plain>. Acesso em: 30 Out 2015.

¹²⁶ QUEIROZ, Estefania Barboza. A revolução dos Direitos humanos e a expansão do *Judicial Review* nos Estados contemporâneos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 54 - 55, jan./jul. 2013. Barboza Queiroz aponta o caso *Bellinger v. Bellinger*, quando a *House of Lords* declara a incompatibilidade do *Matrimonial Causes Act*, de 1973, face os artigos 8 e 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que a referida lei britânica reduzia o casamento à união entre o homem e a mulher. QUEIROZ, Estefania Barboza. A revolução dos Direitos humanos e a expansão do *Judicial Review* nos Estados contemporâneos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 55, jan./jul. 2013.

¹²⁷ “(6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) —

(a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and

(b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made”. UNITED KINGDOM. **Human Rights Act**. 1998, Section 4. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3?view=plain>. Acesso em: 30 out 2015.

mero reconhecimento de sua superioridade axiológica, e, de outro lado, o princípio da soberania do Parlamento. As leis declaradas incompatíveis poderão ou não ser mantidas pelo Parlamento, detentor da decisão sobre a vigência de seus próprios atos. Porém, estará ciente de que seu ato é contrário aos direitos humanos, o que gera, no mínimo, algum constrangimento político interno e externo. O Parlamento continua sendo o senhor da Constituição. [...] O HRA de 1998 trouxe importante instrumental de controle da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, o qual, apesar de não poder ser equiparado ao que se entende por controle da constitucionalidade das leis, representa significativa mudança no Direito Constitucional inglês. Apesar de não acarretar a nulidade e não vincular as partes do processo, a declaração de incompatibilidade tem clara repercussão política.¹²⁸

Em 2005, por causa de pressões internacionais¹²⁹, o Parlamento britânico instituiu uma Suprema Corte como órgão de cúpula do sistema judiciário britânico, com a aprovação do *Constitutional Reform Act*¹³⁰. Doravante, o Comitê de Apelações da *House of Lords* já não exerceria mais o papel de mais alta Corte de apelação do Reino Unido. A Suprema Corte somente foi instalada no dia 01 de

¹²⁸ CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, Corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. *Novel espécie de Judicial Review?* **Revista de Direito do Estado**, v. 5, p. 36 – 38, 2007.

¹²⁹ Barboza Queiroz cita o documento 9.798 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa a respeito da figura do *Lord Chancellor*, uma espécie de Ministro da Justiça, presidente do Senado (*House of Lords*) e chefe do Poder Judiciário no sistema jurídico-político britânico. O Conselho europeu considerou grave a cumulação dessas importantes funções num único cargo, o que violaria frontalmente o princípio da separação de poderes, considerado princípio constitucional fundamental da União Europeia. Não seria compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos que o *Lord Chancellor* exercesse funções judicantes, executivas e legislativas. A independência do Poder Judiciário frente aos outros poderes restaria comprometida com a manutenção dessa estrutura jurídico-política. QUEIROZ, Estefania Barboza. A revolução dos Direitos humanos e a expansão do *Judicial Review* nos Estados contemporâneos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 57 – 58, jan./jul. 2013. “The constitutional arrangements concerning the Lord Chancellor’s Office are unique in Europe and, to my opinion, do not satisfy the requirement of the separation of the judicial function from that of the executive. [...] But I consider as essential that even in the absence of concrete challenges, the judiciary should be seen as independent both by the country’s citizens and by fellow European countries. In my opinion, only a change in the current constitutional arrangements can achieve this objective”. COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY. DOC 9798. **Office of the Lord Chancellor in the constitutional system of the United Kingdom**. Rapporteur: Erik Jurgens. 28 de Abril 2003. Disponível em: <http://coe.archivalware.co.uk/awweb/pdfopener?smd=1&md=1&did=482329>. Acesso em: 30 out 2015.

¹³⁰ “Constitutional Reform Act 2005:
2005 CHAPTER 4

An Act to make provision for modifying the office of Lord Chancellor, and to make provision relating to the functions of that office; to establish a Supreme Court of the United Kingdom, and to abolish the appellate jurisdiction of the House of Lords; to make provision about the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council and the judicial functions of the President of the Council; to make other provision about the judiciary, their appointment and discipline; and for connected purposes.” UNITED KINGDOM. **Constitutional Reform Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/introduction>>. Acesso em: 30 out. 2015.

Outubro de 2009 pela Rainha Elisabeth II. É composta por doze juízes, membros do Poder Judiciário, explicitamente separados e independentes do Executivo e do Parlamento. A Suprema Corte britânica julga, em última instância, casos cíveis de todo o Reino Unido e, em última instância, casos criminais da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte ¹³¹.

¹³¹ UNITED KINGDOM. The Supreme Court. **About the Supreme Court**. Website oficial. 2015. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>>. Acesso em: 30 out 2015.

3 O DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

“A Revolução já havia acontecido antes do início da guerra. A Revolução estava nos corações e mentes das pessoas”¹³²

Presidente John Adams, 1818

3.1 Origens do Direito dos Estados Unidos

A colonização das terras do Império Britânico na América foi diversificada e heterogênea. As treze colônias localizadas na costa litorânea leste do atual território dos Estados Unidos correspondiam a culturas e geografias diferentes, e cada colônia era independente e autônoma da outra. Eram evidentes, por exemplo, a influência puritana e as características climáticas mais rigorosas na região da Nova Inglaterra¹³³. Por outro lado, a província de Maryland sofreu forte influência dos católicos ingleses, enquanto que a província da Geórgia, a mais austral das colônias, apresentava características climáticas e geográficas bem distintas da Nova Inglaterra. Essa heterogeneidade cultural, religiosa e geográfica refletiu na diversidade da colonização em cada um dos territórios britânicos na América do Norte.

Os ingleses trouxeram à América o sistema jurídico do *common law* e a concepção de Estado de Direito (*Rule of Law*). Contudo, a importação de algumas teorias, práticas e institutos jurídicos ingleses não correspondia bem às condições de vida presentes na América. Por possuírem trajetórias históricas completamente diferenciadas, algumas práticas e institutos jurídicos estavam em descompasso com o espírito e com o modo de vida do colono americano. Certas características típicas da sociedade aristocrática inglesa, como os seus privilégios, não encontravam ressonância na sociedade colonial norte-americana. Além disso, a Inglaterra permitia certa liberdade ao Direito colonial, sobretudo, no que toca ao respeito das leis da metrópole somente quando essas se adaptassem às condições de vida da colônia, cuja principal consequência dessa liberdade foram as adaptações do *common law* da colônia realizadas pelos tribunais e legisladores locais, como, v.g., as mudanças em regras que desconsideravam certos privilégios vigentes na sociedade britânica.

¹³² ESTADOS UNIDOS. Departamento de Estado dos Estados Unidos. Escritório de Assuntos Públicos. **Um esboço da história americana**. Washington, 2012. p. 56.

¹³³ A região da Nova Inglaterra corresponde atualmente aos Estados de Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, Maine, New Hampshire.

“Por esta razão, o Direito Americano desde suas origens se caracterizou pelo espírito criador, que acompanhou os homens que exerceram poderes judiciais e legislativos”¹³⁴.

A escravidão, por exemplo, não existia na Inglaterra e nem havia previsão no Direito inglês. Sua acomodação no *common law* estadunidense foi fruto da elaboração dos colonos, influenciado pelo forte sentimento de raça e pelo costume da utilização de mão de obra escrava nas colônias do sul¹³⁵. Apesar do predomínio da escravidão nos estados do sul, também havia exploração de mão de obra escrava nos estados do norte, só que em menor escala¹³⁶. Como amostra da inovação colonial, fugindo, de certo modo, até do modelo do *common law* tradicional, tem-se o Código da Carolina do Norte de 1854, que no seu capítulo 107, composto por setenta e nove seções (artigos), estabelece a regulação jurídica dos escravos e dos negros livres, bem como os direitos e deveres de seus proprietários¹³⁷.

¹³⁴ BERMAN, Harold J.. O fundamento histórico do direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano**. Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 17. Berman aponta que, nos Estados Unidos, foi abolida a regra inglesa da primogenitura, possibilitando, assim, que todos os filhos fossem herdeiros, bem como a necessidade de os proprietários de gado cercar seus animais, uma obrigação totalmente descabida num país sem fronteiras e de colonização recente. BERMAN, Harold J.. O fundamento histórico do direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano**. Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 17.

¹³⁵ FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 44.

¹³⁶ Na época da Revolução norte-americana, estima-se que quarenta por cento da população da Virgínia eram compostas de escravos, enquanto que, em Nova Iorque, a população escrava era pouco mais de dez por cento. FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 44.

¹³⁷ Há extensa regulamentação da escravidão, ao disciplinar vários aspectos, desde o comércio, a recompensa em relação ao fugitivo, os direitos e deveres dos escravos, os direitos e deveres dos proprietários, o dever de lealdade dos escravos aos seus senhores. Em suma, o escravo é tratado como verdadeira mercadoria. Na seção 4 do Código, há a obrigação de recompensa àquele que dá notícia sobre o paradeiro de um escravo: “Any person who shall discover any such negro, and give such notice to the sheriff that he shall, in consequence thereof, obtain the negro, shall be entitled to one fifth part of the sum for which the negro shall be sold, to be retained, that and the reward, out of the proceeds of sale, and paid by the sheriff”. NORTH CAROLINA. UNITED STATES OF AMERICA. **Revised Code of North Carolina**, enacted by the General Assembly at the session of 1854. Boston: Little Brown, 1855, p. 565. Disponível em: <<https://archive.org/details/revisedcodeofnor1854nor>>. Acesso em: 03 dez 2015. Quanto à recompensa por apreender escravos fugitivos: “All persons who may apprehend and confine in jail, or deliver to the owner, any runaway slave, for whom a greater reward shall not have been offered, shall be entitled to recover and receive from the owner a reward of five dollars, when the owner resides in the county in which the slave may be apprehended, and ten dollars, if he reside beyond the limits of such county; and if the runaway shall have been apprehended in any part of the swamps mentioned in section ten of this chapter, not lying in Beaufort or Hyde counties, the apprehender shall, besides any reward offered, be entitled to twenty-five dollars from the owner; and when the runaway slave thus apprehended shall be lodged in a jail, the jailer shall tax the reward herein allowed on each slave, against the owner, and collect the same with his prison fees, and all other charges allowed by this chapter”. NORTH CAROLINA. UNITED STATES OF AMERICA. **Revised Code of North Carolina**, enacted by the General Assembly at the session of

Os primeiros colonos que povoaram a América inglesa não eram juristas ou membros da aristocracia da metrópole. Eram pessoas simples, desbravadores, a fim de habitar as terras além-mar, alicerçado no princípio de liberdade religiosa, para que pudessem exercer seu culto e sua fé sem a perseguição estatal ¹³⁸. Por isso, o Direito trazido às colônias não era o esboçado pelos Tribunais Reais; era, antes de tudo, o Direito local, vinculado aos costumes das comunidades. Assim, considera-se o Direito colonial americano uma “espécie de filho crioulo ou indígena do *common law*”, isto é, um Direito popular consuetudinário ¹³⁹.

E. Allan Farnsworth ¹⁴⁰ aponta três obstáculos à aplicação imediata do Direito inglês no início da colonização americana: primeiramente, a própria insatisfação dos colonos com o sistema jurídico e político da metrópole, fato que, inclusive, motivou a saída da Inglaterra e o desbravamento das terras do Novo Mundo. Os anseios de liberdade religiosa, de liberdade política e de novas oportunidades econômicas levaram vários ingleses a reconstruírem a vida na América. Em seguida, aponta que, na América do século XVII, não havia juristas com experiência, e nem incentivos econômicos para a migração de juristas da metrópole. E, por fim, ressalta a disparidade das condições de vida na América e na Inglaterra. A colonização das treze colônias foi realizada por pessoas simples, humildes, sem grande destaque na sociedade inglesa, já que não eram membros da elite cultural, política e econômica da

1854. Boston: Little Brown, 1855, p. 566. Disponível em: < <https://archive.org/details/revisedcodeofnor1854nort>>. Acesso em: 03 dez 2015. Quanto à necessidade de ressarcir o condado nos gastos efetuados para apreensão e prisão de escravos fugitivos: “The expense of carrying a runaway to jail, incurred by any officer, shall be paid by the county, and repaid to the county by the owner; and the same shall be a lien on the runaway in behalf of the county”. NORTH CAROLINA. UNITED STATES OF AMERICA. **Revised Code of North Carolina**, enacted by the General Assembly at the session of 1854. Boston: Little Brown, 1855. p. 569. Disponível em: < <https://archive.org/details/revisedcodeofnor1854nort>>. Acesso em: 03 dez 2015. Ademais, houve a preocupação das autoridades da Carolina do Norte em não permitir a utilização de armamentos pelos escravos: “No slave shall go armed with gun, sword, or other weapon, or shall keep any such weapon, or shall hunt or range with a gun in the woods, upon any pretence whatsoever; and if a slave shall be found offending herein, any person may seize and take to his own use such gun or other weapon, and may apprehend and bring such slave before a justice for trial and punishment, and send him home; and the master or owner shall pay the taker up of such armed slave, the same reward as is allowed for taking up runaways”. NORTH CAROLINA. UNITED STATES OF AMERICA. **Revised Code of North Carolina**, enacted by the General Assembly at the session of 1854, Boston: Little Brown, 1855. p. 569 - 570. Disponível em: < <https://archive.org/details/revisedcodeofnor1854nort>>. Acesso em: 03 dez 2015.

¹³⁸ Não se pode perder de vista as perseguições ocorridas na Inglaterra a determinados grupos religiosos, sobretudo, aos puritanos e aos quakers.

¹³⁹ No original: “En otras palabras, su Derecho era una especie de hijo criollo o indígena del common law”. FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 45.

¹⁴⁰ FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1965. p. 11.

metrópole. Sobretudo, eram exploradores, desbravadores, cujos objetivos eram povoar os novos territórios e deles retirar o sustento de suas famílias. Enquanto isso, a Inglaterra já se figurava como uma potência colonial, militar e econômica. Por isso, afirma-se que a ignorância é o principal fator da formação do Direito norte-americano¹⁴¹.

Além disso, a organização política e a jurídica de cada colônia eram bem distintas. Eram províncias independentes e diversificadas, com a semelhança de estarem submetidas à Coroa britânica ¹⁴². Outrossim, cada colônia tinha sua atividade econômica predominante: enquanto algumas se dedicavam mais ao comércio, como Nova York, outras eram predominantemente agrícolas e rurais, como a Virgínia e a Geórgia. Dessa forma, como não houve evolução uniforme da organização política e da atividade econômica entre as diversas províncias, já era de se esperar que o Direito das colônias americanas não evoluísse de maneira uniforme ¹⁴³.

Um importante precedente inglês no tocante à extensão do Direito da metrópole às colônias foi o *Calvin`s case* de 1608. Nesse caso, ficou assentado que o Direito inglês vigente antes da fundação da colônia fosse considerado válido nessa colônia, com as devidas adaptações às condições de vida dessa colônia ¹⁴⁴. A partir daí, o

¹⁴¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 450.

¹⁴² Muito embora todas as colônias norte-americanas fossem submetidas à Coroa britânica, o grau de dependência e vinculação político-jurídica à metrópole era diferente. “No fundo, a notável autonomia das unidades da federação norte-americana tem uma razão histórica, advinda do fato de não ter sido uniforme o sistema de dominação que a Inglaterra aplicou nas suas colônias da América; em alguns, era uma governança geral, com Vice-Reis funcionários da Coroa, em outros, concessões comerciais com delegações de alguns poderes régios a indivíduos. A tipologia da colonização, em particular no que se refere à propriedade agrária, certamente deixaria seus traços nos direitos de formação local, como os Estados-membros, tendo em vista que a política colonizadora da Inglaterra não foi tão centralizada e uniforme como a espanhola e a portuguesa.” SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 60 – 61.

¹⁴³ FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1965. p. 10. “Cada uma das colônias teve sua própria evolução independente e sua própria existência nitidamente distinta, até que os acontecimentos que levaram à Revolução puseram fim à sua auto-suficiência. Não é possível uma compreensão adequada do sistema jurídico norte-americano sem entender a maneira pela qual essas colônias individuais foram fundidas em uma só nação, sob uma Constituição que, com um número relativamente pequeno de emendas, resistiu ao impacto das diversidades e das transformações, desde 1789 até hoje”. FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1965. p. 4.

¹⁴⁴ René David adverte: “No entanto, o princípio do *Calvin`s case* comporta uma restrição: a *common law* inglesa só é aplicável nas colônias na medida em que as suas regras são apropriadas às condições de vida reinantes nestas colônias”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito**

Direito aprovado na Inglaterra após a fundação da colônia, só seria aplicado à colônia por expressa disposição. Isso porque o poder de criar regras de Direito pertencia aos colonos, por meio de Assembleias locais e de seus corpos judiciários, com capacidade de regular a vida social local. Apesar da outorga dessa prerrogativa às colônias, as autoridades da metrópole podiam revisar a legislação colonial, o que possibilitava o rechaço de regras de Direito locais contrárias às leis ou às políticas inglesas. Muito embora a existência desse poder da metrópole, até o fim do século XVII, o controle da legislação colonial foi pouco utilizado pelas autoridades britânicas ¹⁴⁵.

Em razão do *Calvin`s case* e, pois, da não incorporação das conquistas do Direito inglês ao Direito colonial, os súditos colonizados não gozavam dos mesmos direitos assegurados aos ingleses, circunstância importante que concorreu para o desencadeamento da Revolução Americana. A própria Declaração de Independência, de 1776, visava combater uma série de abusos que fora cometido pelo soberano inglês contra os habitantes das colônias, e que, todavia, não atingiam os súditos ingleses ¹⁴⁶. O aumento da carga tributária para os colonos, sem a devida anuência das Assembleias locais, e a reserva de mercado feita em benefício dos comerciantes ingleses, afetando, pois, a concorrência com os comerciantes americanos, foram fatores determinantes na eclosão da Revolução. Em suma, muito mais que a independência em si, os norte-americanos desejavam um tratamento igual ao dispensado aos ingleses, com os direitos consagrados nos precedentes, nas declarações de direito inglesas e nos costumes do *common law* inglês ¹⁴⁷.

Os ingleses se sentiram mais obrigados em relação a suas colônias; deram conta, não sem certa surpresa, de que possuíam um império ao seu cargo e que deviam, conseqüentemente, governá-lo de forma adequada. Como todos sabem, essas tentativas resultaram em desastre. Em certo sentido, os ingleses começaram muito tarde. Os colonos já se haviam acostumados a dirigir seus próprios assuntos e quando os ingleses implantaram novos impostos, criaram novos tribunais e, em geral, atuaram como imperialistas, fizeram estalar a

contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 450.

¹⁴⁵ FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1965. p. 11 - 12.

¹⁴⁶ BERMAN, Harold J.. O fundamento histórico do direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano.** Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 18.

¹⁴⁷ FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1965. p. 4 - 5.

Revolução. O resultado foi a perda da jóia da coroa do seu império.
(tradução nossa) ¹⁴⁸

Após a Revolução Americana, as agora ex-colônias estavam diante de um dilema que definiria o futuro da América. Isto porque havia o interesse em constituir alguma estrutura de organização e de cooperação entre os treze territórios, porém, sem a perda da autonomia, do autogoverno local, já arraigado na cultura desses povos, desde o início da colonização inglesa, que, aliás, foi uma das grandes inspirações do povo americano na luta de independência. Logo, o dilema consistia na necessidade de criar alguma estrutura acima dos Estados independentes, sem que essa nova configuração subtraísse as atribuições e as competências locais.

Diante desse desafio, em meio às discussões políticas, após a declaração de 1776, nos Congressos Continentais realizados na Filadélfia ¹⁴⁹, houve a adoção de uma Confederação dos Estados independentes, mediante a aprovação dos Artigos da Confederação, em 15 de Novembro de 1777. Esse documento foi finalmente ratificado pelos treze Estados em 1781, quando da confirmação pela Assembleia local do Estado de Maryland. Os Estados Unidos da América, como agora se chamava, consistia na união de Estados soberanos, isto é, independentes e autônomos.

Em verdade, os Artigos da Confederação consistiram numa espécie de tratado internacional, que criou um órgão supranacional, com algumas atribuições, circunscritas à manutenção de uma força militar comum e à representação dos Estados nas relações internacionais ¹⁵⁰. A competência do órgão central era taxativa, sem as prerrogativas de cobrar tributos e de regular o comércio interestadual, e suas atividades dependiam das contribuições financeiras dos

¹⁴⁸ No original: "los ingleses se sintieron más obligados con respecto a sus colonias; cayeron en la cuenta, no sin cierta sorpresa, de que tenían un imperio a su cargo y que debían, consecuentemente, gobernarlo de forma adecuada. Como todos sabemos, estos intentos acabaron en desastre. En cierto sentido, los ingleses empezaron demasiado tarde. Los colonos ya se habían acostumbrado a dirigir sus propios asuntos y cuando los ingleses implantaron nuevos impuestos, crearon nuevos tribunales y, en general, actuaron como imperialistas, hicieron estallar la revolución. El resultado fue la pérdida de la joya de la corona de su imperio". FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 47.

¹⁴⁹ "O Congresso Continental, criado segundo aquêles Artigos, assemelhava-se a uma Sociedade de representantes diplomáticos de vários Estados, na qual cada Estado tivesse um voto igualitário." FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1965. p. 6.

¹⁵⁰ CONTI, José Maurício (Org.). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2003. p. 5.

Estados, que mantiveram autonomia para cobrar tributos e regular os diversos setores da vida social.

Segundo Hamilton, o principal problema da confederação elaborada em 1777 residia no fato de que o poder central não dispunha de poder para agir sobre os cidadãos que compunham a União; ele apenas poderia recomendar a aplicação das suas resoluções, cabendo aos estados adotarem ou não tais resoluções.¹⁵¹

Posteriormente, em 1787, os representantes dos Estados reuniram-se na Convenção da Filadélfia, na cidade de mesmo nome, com o escopo de, inicialmente, revisar os Artigos da Confederação. Contudo, ao final dos trabalhos, tendo em vista o fraco desempenho da Confederação e as críticas desenvolvidas pelos partidários de um governo central mais forte, houve a adoção de uma Carta Constituinte, com o surgimento de um novo modelo de Estado, o Estado Federal. A principal inovação, indubitavelmente, foi a perda da soberania dos treze Estados, antes independentes, e agora sujeitos a uma Carta Magna e à repartição de competências com um órgão central. Apesar disso, a Constituição em si não menciona os termos federalismo ou Estado Federal, já que não havia comprometimento dos delegados com a adoção de um modelo teórico pré-concebido de um Estado Federal. As preocupações eram práticas, circunstâncias, no intuito de reforçar as prerrogativas do governo central, ao mesmo tempo em que se preservassem as atribuições dos Estados. Ou melhor, o objetivo era efetuar uma divisão de poderes entre os governos locais e central, sem o enfraquecimento da autonomia das ex-colônias, ao passo em que evitasse a instituição de um governo central fraco, inerte e inoperante¹⁵².

¹⁵¹ COSER, Ivo. **Visconde do Uruguai: centralização e federalismo no Brasil 1823 – 1866**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 32.

¹⁵² CONTI, José Maurício (Org.). **Federalismo Fiscal**. Barueri: Manole, 2003. p. 5 – 6. “Ocorre que ele faz uso da palavra governo confederativo, distinguindo esse novo arranjo político de uma mera liga, e não fazendo a distinção entre federação e confederação, como seria mais usual na nossa contemporaneidade. Revela, dessa forma, que sob uma palavra antiga se manifestava um novo conteúdo. O uso do termo confederação de estados para se referir aos Estados Unidos da América foi comum até a Guerra Civil (1861-1865). Este descompasso entre o novo conteúdo histórico, gerado a partir da experiência norte-americana, e a persistência no de velhas palavras foi claramente percebido por Tocqueville. Neste autor, está presente a percepção da inovação da Convenção da Filadélfia para com as experiências européias de confederação. Porém, o autor francês lamentava que não houvesse um termo novo capaz de designar o arranjo norte-americano. Neste sentido, Tocqueville assinalava o descompasso entre as palavras disponíveis (federação e confederação) e a novidade histórica. Ao longo do debate político anterior, federação havia sido um sinônimo de confederação. Quando, posteriormente, o termo foi associado exclusivamente à novidade introduzida pelo caso norte-americano, o que ocorreu foi simplesmente a reutilização de um antigo termo para um novo conteúdo”. COSER, Ivo. **Visconde do Uruguai:**

Essa configuração de Estado Federal marcou decisivamente o Direito estadunidense, e era uma estrutura estatal que não teve parâmetro na Inglaterra. Por isso, pode-se afirmar que o Direito dos Estados Unidos é decorrente da simbiose da tradição jurídica do *common law* com as peculiaridades advindas do federalismo e da adoção de uma Constituição rígida e escrita.

Assim, desde o início da colonização das treze colônias do leste norte-americano, acentuado, posteriormente, com a independência dos Estados Unidos, os juristas e os legisladores desse país criaram um corpo de instituições, de práticas e de doutrinas jurídicas, com base no Direito inglês, mas que refletia a vida social e política desse novo país, dando início ao Direito estadunidense ¹⁵³. Ademais, com a progressiva conquista do Oeste, houve o contágio natural da organização jurídica desses novos territórios pelo Direito dos estados mais antigos ¹⁵⁴.

Outrossim, não se pode deixar de apontar o compromisso do Direito norte-americano com a criação de um ambiente favorável aos negócios e à geração de riqueza ¹⁵⁵. Em meio ao desenvolvimento industrial e à conquista do Oeste, o Direito era um instrumento de estímulo ao crescimento, ao enriquecimento dos cidadãos, pelo incentivo ao comércio e à exploração dos novos territórios. O direito de propriedade é um dos alicerces do Direito norte-americano e deve estar adaptado às condições econômicas e ao estilo de vida da América, diferentemente do direito de propriedade preponderante numa Inglaterra latifundiária e aristocrática.

centralização e federalismo no Brasil 1823 – 1866. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 32 – 33.

¹⁵³ BERMAN, Harold J.. O fundamento histórico do direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano**. Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 19.

¹⁵⁴ FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 50. Nesse ponto, vale mencionar a exceção correspondente ao Direito do estado da Louisiana. Nesse Estado, o *common law* nunca superou o sistema de direito civil herdado dos franceses e dos espanhóis. Há predomínio dos Códigos e dos procedimentos típicos do sistema romano-germânico. Todavia, atualmente, é inexorável existir uma convergência do Direito da Louisiana com o dos outros estados, já que todos estão sujeitos a leis federais, à mesma Constituição, à Suprema Corte, sem olvidar que o inglês é a língua utilizada na Louisiana, não sendo diferente, pois, em relação aos operadores do Direito e, diante disso, a influência da cultura jurídica dos outros Estados sob o Direito local é inevitável. FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 51.

¹⁵⁵ FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 60.

3.2. O Direito estadunidense entre o *common law* e o *civil law*

Apesar da colonização inglesa na maior parte do atual território dos Estados Unidos da América, o sistema jurídico do *common law* não se impôs com facilidade em terras norte-americanas. Com a independência do país, era necessário assentar as bases de um Direito estadunidense, autônomo, próprio de um país recém constituído. Nesse contexto, surge um conflito entre a tradição herdada do *common law* inglês e a adoção de vários instrumentos típicos do sistema jurídico romano-germânico.

Diferentemente da cultura jurídica inglesa, nos Estados Unidos, a legislação sempre foi vista com outros olhos. Ao invés da desconfiança do jurista inglês em relação a regras gerais e abstratas, já referida no capítulo anterior do presente trabalho, o jurista americano, desde o início da colonização, fez uso de regras abstratas e até mesmo de codificações rudimentares. René David aponta a existência de “códigos” sumários elaborados ainda no século XVII, com o intuito de “modernizar” o rudimentar Direito aplicado no início da colonização, calcado, em algumas colônias, na Bíblia e/ou no poder arbitrário do magistrado (o exemplo do Código de 1634 de Massachusetts e o Código de 1682 da Pensilvânia) ¹⁵⁶.

Ademais, com a independência do país, muitos Estados promulgaram sua própria Constituição, documento escrito que trazia as normas fundamentais do ordenamento jurídico estadual. A Virgínia foi pioneira com a promulgação da Constituição de 1776, mesmo ano da declaração de independência das treze colônias. Posteriormente, com o fracasso da Confederação, houve a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, anunciando as bases do ordenamento jurídico estadunidense, algo sem precedência no sistema jurídico do *common law* inglês.

Aliado a isso, outros mecanismos típicos do sistema do *civil law* foram incorporados ao Direito norte-americano. A Constituição do Estado de Nova York, por exemplo, previa a elaboração de um código escrito e sistemático que compilasse todo o Direito do Estado ¹⁵⁷. Houve um movimento, capitaneado em Nova York pelo

¹⁵⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 450 - 451.

¹⁵⁷ “Article I. § 17. [Common law continued.] — Such parts of the common law, and of the acts of the legislature of the colony of New York, as together did form the law of the said colony on the nineteenth day of April, one thousand seven hundred and seventy-five, and the resolutions of the

jurista e deputado David Dudley Field, que defendia a codificação do direito americano, que resultou na adoção, por vários Estados da federação, de códigos de processo civil, de processo penal e de direito penal.

René David enuncia alguns fatores que ensejaram a aproximação do Direito norte-americano ao sistema jurídico continental: primeiramente, com a independência em relação à Inglaterra, inúmeros Estados vedaram a citação de acórdãos ingleses proferidos depois de 1776; além disso, vários territórios foram incorporados aos Estados Unidos, nos quais o Direito vigente não pertencia à tradição do *common law*. Nesses territórios, o Direito era influenciado pelos seus primeiros colonizadores, geralmente, espanhóis ou franceses, sem olvidar, no entanto, dos mexicanos e dos holandeses. Inclusive, o povoamento dos Estados Unidos dependeu de muitos imigrantes, vindo de países que não seguiam o *common law* ou que seguiam um *common law* diferente do modelo inglês, tal como ocorria na Irlanda ¹⁵⁸.

Muito embora todas essas circunstâncias mencionadas, os Estados Unidos da América se mantiveram no sistema do *common law*, com exceção do Estado da Louisiana ¹⁵⁹. Em virtude da língua inglesa que predominou no país, do pioneirismo

congress of the said colony, and of the convention of the state of New York, in force on the twentieth day of April, one thousand seven hundred and seventy-seven, which have not since expired, or been repealed, or altered, and such acts of the legislature of this state as are now in force, shall be and continue the law of this state, subject to such alterations as the legislature shall make concerning the same. But all such parts of the common law, and such of the said acts or parts thereof as are repugnant to this Constitution, are hereby abrogated; and the legislature, at its first session after the adoption of this Constitution, shall appoint three commissioners, whose duty it **shall be to reduce into a written and systematic code the whole body of the law of this state**, or so much and such parts thereof as to the said commissioners shall seem practicable and expedient. And the said commissioners shall specify such alterations and amendments therein as they shall deem proper, and they shall at all times make reports of their proceedings to the legislature, when called upon to do so; and the legislature shall pass laws regulating the tenure of office, the filling of vacancies therein, and the compensation of the said commissioners; and shall also provide for the publication of the said code, prior to its being presented to the legislature for adoption.” (grifo nosso) NOVA YORK. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Third Constitution of New York**. Constitutional Convention. Albany, 1846. Disponível em: < https://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/documents/Publications_1846-NY-Constitution.pdf>. Acesso em: 10 dez 2015.

¹⁵⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 452.

¹⁵⁹ No Estado de Louisiana, na verdade, vige uma “*mixed jurisdiction*” ou “*bijural jurisdiction*”, uma terceira categoria de sistema jurídico, consistente na simbiose das raízes da tradição romano-germânica com vários institutos e práticas advindos da tradição do *common law*. “Over the next two hundred years, Louisiana’s legal system and legal doctrines developed and benefitted from influences from the federal and state legal systems throughout the United States, the French and Spanish legal systems, and other legal systems from around the world” ALGERO, Mary Garvey. The sources of Law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a civil law State in a common law Nation. **Louisiana Law Review**. Vol. 65, N. 2, p. 777, 2005.

inglês na colonização dos Estados Unidos, da influência de importantes juristas ingleses, como William Blackstone, era inevitável o triunfo do *common law* na América. Vários Estados inclusive estabeleceram que o direito comum fosse o direito em vigor no Estado ¹⁶⁰.

A influência do Direito inglês na América, praticamente nula já ao tempo da Guerra Civil, é hoje ínfima. Apenas esporadicamente é a jurisprudência inglesa citada nos pareceres jurídicos contemporâneos nos Estados Unidos e ainda mais raramente surge qualquer questão em que caiba a recepção do direito inglês. No entanto, o método básico, a maior parte do vocabulário e muitos dos princípios e noções do direito comum são tão usuais nos Estados Unidos quanto na Inglaterra. [...] As principais dentre essas são: em primeiro lugar, o conceito da supremacia da lei, exemplificado nos Estados Unidos pelo princípio de que mesmo o Estado está sujeito ao controle judicial no que se refere aos princípios constitucionais; em segundo lugar, a tradição do precedente, segundo o qual as decisões devem estar baseadas na jurisprudência estabelecida em casos anteriores; e finalmente, a noção de julgamento como um processo contencioso, um contraditório, muitas vezes diante de um júri, no qual as partes adversárias tomam a iniciativa e no qual o papel do juiz é mais o de um árbitro do que o de um inquisidor. ¹⁶¹

Ademais, vige, no Direito estadunidense, o entendimento segundo o qual as leis que derogam regras do *common law* devem ser interpretadas restritivamente. Tal princípio está, de certa forma, superado, porquanto refletia mais uma resistência dos juristas e tribunais norte-americanos ao incremento da produção normativa pelos Parlamentos, em detrimento da produção pelos juizes. Por isso, inicialmente, houve desconfiança e conservadorismo em aceitar as regras de Direito advindas da legislação, consideradas verdadeiras “intrusas” num sistema jurídico regido pelo *common law*. Ainda assim, essa mentalidade impactou na elaboração das leis pelos órgãos legislativos, sobretudo, na redação dos textos legais, caracterizada pelo grau de detalhamento, de pormenorização, do uso e abuso de sinônimos, de modo a torná-las tão claras e transparentes possíveis. Sem dúvida, essa precaução do legislador justifica-se no condão de evitar que os tribunais esvaziassem as leis ou ampliassem as brechas que poderiam haver na sua redação ¹⁶².

¹⁶⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 453 - 454.

¹⁶¹ FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1965. p. 17 - 18.

¹⁶² FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 118 - 119.

Apesar da manutenção do Direito norte-americano na tradição jurídica do *common law*, essa convergência ao sistema jurídico romano-germânico resultou em novas características e configurações do Direito estadunidense. Essas características contribuíram para uma originalidade do Direito norte-americano, ao ocupar um lugar destacado e diferenciado dentro dos sistemas jurídicos da tradição do *common law*.

3.3. As Fontes do Direito Estadunidense

Fontes do Direito são os mecanismos pelos quais as regras jurídicas surgem no ordenamento jurídico, tornando-as vigentes e obrigatórias no contexto de uma estrutura normativa. A principal distinção entre a tradição jurídica do *common law* e a do *civil law* consiste no primado da fonte em cada Direito, isto é, a diferença da primazia do modo de produção normativa em cada tradição jurídica. Enquanto na tradição jurídica romano-germânica, a primazia das fontes é conferida à legislação, normas gerais e abstratas elaboradas pelo legislador racional, na tradição jurídica do *common law*, o primado das fontes do Direito é atribuído ao *case law*, ou seja, as regras de Direito são extraídas das decisões judiciais pretéritas ¹⁶³.

3.3.1. Fontes Primárias: *case law* e *statutory law*

Por se situar na tradição do *common law*, o direito estadunidense é essencialmente jurisprudencial. As regras, abstratas e genéricas, emanadas pelo legislador não correspondem ao tipo habitual de regra de Direito a que o jurista norte-americano está acostumado a manejar. Para esse, a regra de Direito só estará formada quando os juízes interpretarem e aplicarem essas normas abstratas a casos concretos, isto é, ao gerar o precedente judiciário. Por isso, há a expressão *there is no law on the point* para exprimir a ausência de um precedente que aplique

¹⁶³ “In effect, while the common law starts with a case-law basis it also includes legislative encroachments, and while the civil law starts with a legislative basis, it incorporates developments of case-law. [...] As sources of positive law, legislation and judicial decisions have their place in both systems, but their relative importance is very different. [...] Each system possesses strong characteristics of a distinct and comprehensive nature that establish its own individuality.” DAINOW, Joseph. The civil law and the common law: some points of comparison. **The American Journal of Comparative Law**, v. 15, n. 3, p. 427, 1966 – 1967. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/wks_MA_19672.pdf> Acesso em: 15 fev 2016.

uma regra emanada pelo órgão legislador. “É excepcional ver acórdãos estatuírem, sem invocar precedentes judiciais, pela simples aplicação de uma lei” ¹⁶⁴.

Em decorrência da regra do *stare decisis*, vigente no sistema jurídico anglo-americano, os juízes devem seguir os seus próprios precedentes, bem como as decisões tomadas por magistrados de hierarquia superior. A decisão judicial - a chamada *opinion* - é composta por um resumo detalhado dos fatos, em ordem cronológica, seguida pela exposição dos pontos controvertidos, pela análise dos motivos ou das razões considerados pelo juiz, pela formação do *holding*, ou seja, a regra de Direito advinda e utilizada para a resolução do caso, e, por fim, a decisão em si, que homologa, cria, modifica ou anula uma situação jurídica ¹⁶⁵. Nos julgamentos colegiados, há a publicação da *opinion* do tribunal, elaborada por um dos juízes e assinada pelos outros ¹⁶⁶. Caso um juiz não aceite a decisão majoritária do colegiado e queira expressar sua divergência, pode publicar uma *dissenting opinion*, na contramão da decisão da Corte ¹⁶⁷.

Nos Estados Unidos, os precedentes não detêm a mesma força vinculativa em comparação à Inglaterra. Em virtude disso, alterações na jurisprudência não são tão raras, sob o condão de adaptar o *common law* às mudanças sociais, culturais e econômicas da sociedade. Ademais, em virtude da estrutura federal do país, com a repartição de competências entre os entes da Federação e a concorrência entre o sistema judiciário estadual e o federal, a força obrigatória dos precedentes é menor

¹⁶⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 459 e ss.

¹⁶⁵ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001. p. 94.

¹⁶⁶ No Brasil, diversamente, a decisão do colegiado - o acórdão - é composto pelos votos de cada um dos julgadores, sem a confecção de uma manifestação única do tribunal, como ocorre nos Estados Unidos. Para uma crítica a essa prática, fruto da sensibilidade jurídica dominante no Brasil, vale referir às críticas esboçadas por Kant de Lima: “Outra consequência é que os conceitos que se baseiam nas formas de convencimento, entendimento (*understanding*) e persuasão pela argumentação mostram-se inadequados para analisar o que ocorre no mundo do direito brasileiro, pois estão fundados na prévia e suposta igualdade dos interlocutores. Aqui, dada a desigualdade legal e explícita entre os interlocutores, é o argumento de autoridade que prevalece na administração dos conflitos e não a autoridade do argumento, que convence as partes envolvidas. Isto se reflete também nos debates jurídicos e políticos, que levam a que decisões coletivas se constituam na soma de decisões singulares, mesmo quando elas são proferidas em espaços coletivos, como os tribunais de segunda e terceira instâncias. Os saberes particulares não precisam do consenso, e nem o desejam, para concordar, porque o consenso não legitima, pelo contrário, “contamina” suas formas particularizadas de acessar o conhecimento jurídico”. KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, Brasília, DF, 2009 – 2, 2010: 25 – 51. p. 43 – 44.

¹⁶⁷ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001. p. 94.

em relação ao sistema jurídico inglês, no qual as principais decisões estão centralizadas em Londres, corolário de um Estado unitário. “A América, com a sua acentuada diversidade e com a menor coesão do seu corpo de juristas, oferece, sem dúvidas, nesta matéria, um quadro em que as *nuances* são mais numerosas que na Inglaterra”¹⁶⁸.

Assim, desenvolveu-se uma divisão dos precedentes judiciais, levando em consideração à autoridade em vincular decisões futuras. Os *binding precedents* (ou *mandatory precedents*) são aquelas decisões cuja vinculação da *ratio decidendi* aos casos futuros é compulsória para os juizes, em detrimento dos *persuasive precedents*, cuja autoridade é reduzida, secundária, não obrigatória (*nonbinding*). Os *binding precedents* consistem nas decisões pretéritas do próprio órgão julgador e nas decisões anteriores das jurisdições superiores. Já os *persuasive precedents* consistem nos precedentes das jurisdições inferiores e nas decisões de uma Corte de igual ou maior hierarquia, só que de tribunais estaduais de outros Estados da federação. Isto porque “os Estados são soberanos e a regra do *stare decisis* apenas funciona, relativamente às matérias do domínio de competência dos Estados, no seio da hierarquia das jurisdições deste Estado”¹⁶⁹. Os *persuasive precedents* podem informar ou influenciar as decisões, preencher as lacunas (*fill in the gaps*), porém a sua observância não é compulsória¹⁷⁰. Muito embora, a depender de uma conjugação de fatores, tais como o número de juízos que seguiram o precedente, a proeminência do órgão que julgou o caso, a respeitabilidade do juiz que atuou na lide que constitui a regra de Direito consagrada e a solidez da fundamentação (*ratio decidendi*), levam ao maior grau de persuasão do precedente, ainda que este não seja juridicamente obrigatório¹⁷¹.

Ainda, no que tange ao *stare decisis* e a estrutura federal dos Estados Unidos, é importante analisar se existe concorrência entre o *common law* federal e o *common law* de cada Estado membro da Federação. Quanto à competência legislativa, é cediço que a competência da União é taxativamente enumerada na Constituição do país, enquanto a competência dos Estados é residual. Mesmo em

¹⁶⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 492.

¹⁶⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 490.

¹⁷⁰ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001. p. 109 - 110.

¹⁷¹ FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 69.

matérias de competência federal, caso o Congresso estadunidense não exerça sua competência ou exerça de forma incompleta, os Estados podem exercê-la de forma complementar (e, efetivamente, exercem), suprindo a ausência de legislação ou aditando normas ao Direito federal. Todavia, a divisão de competência entre a jurisdição federal e as jurisdições estaduais não se fundamenta na repartição de competência legislativa definida na Constituição. As jurisdições estaduais podem julgar matérias que envolvam o Direito federal e as jurisdições federais podem julgar litígios referentes a matérias que não são normatizadas pelo Congresso. Os requisitos que atraem a competência da jurisdição federal são: as partes sejam naturais de Estados diferentes e que o contencioso tenha certa importância. Nesse caso, surge o questionamento acerca da possibilidade de um *common law* federal em matérias que não são atribuições da União.

Nesse ponto, é imprescindível mencionar o *Judiciary Act* de 1789, pois este determina à jurisdição federal, nas lides que não envolvam o Direito federal, a aplicação do Direito (*the laws*) de um Estado determinado, seguindo as normas de conflito de leis do *common law* do Estado em que a jurisdição federal está situada. Com o caso *Swift v. Tyson*¹⁷², em 1842, a Suprema Corte dos EUA decidiu que as jurisdições federais devem seguir o *general common law*, isto é, uma espécie de um *common law* federal, e não o *common law* de um determinado Estado. Segundo esse entendimento, a disposição referida do *Judiciary Act* aplica-se tão somente a *Statutes* emanados do órgão legislativo do Estado, porém não se aplica às regras de Direito construídas pelos tribunais estaduais do Estado considerado. No entanto, esse posicionamento da Suprema Corte sofreu uma reviravolta com o caso *Erie Railroad Corporation v. Tompkins* (1938)¹⁷³. Nessa oportunidade, a Suprema Corte assentou que não existe um *common law* federal geral, fora as matérias regidas pela Constituição Federal ou pela legislação federal. Desse modo, o juiz deve aplicar o Direito do Estado correspondente, independentemente de ser um *Statute* ou uma regra de Direito elaborada por um tribunal local¹⁷⁴. Em suma, o *common law* federal só existe nas matérias que são da competência legislativa da União. Essa modificação jurisprudencial da Suprema Corte foi vital para evitar uma “dualidade

¹⁷² *Swift v. Tyson*. 16 Peters 1 (U.S 1842).

¹⁷³ *Erie Railroad Corporation v. Tompkins*, 304. U.S. 64 (1938).

¹⁷⁴ “É aos tribunais dos Estados que está reservada a tarefa de determinar e desenvolver a *common law* americana, nas matérias sobre as quais o Congresso não pode legislar”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 472.

injustificável de soluções jurídicas”, isto é, a mesma lide poderia ter resultados diferentes a depender da jurisdição envolvida, sem contar, outrossim, na possibilidade de a parte poder manejar condições que permitam “escolher” a jurisdição a apreciar seu caso (como, por exemplo, realizar uma transferência de domicílio com o único escopo de influir na jurisdição competente) ¹⁷⁵.

Como já dito, a legislação ocupou, nos Estados Unidos, um espaço diferente em comparação ao *common law* inglês. Há, em todos os Estados, Código Penal e, em vários Estados, houve a adoção de Códigos de Processo Penal e de Processo Civil. É oportuno ressaltar que esses Códigos não correspondem ao modelo de código sistemático inaugurado na Era napoleônica na tradição jurídica romano-germânica. A sua função é classificar as leis vigentes no plano federal ou nos Estados, com a exclusão das regras de Direito consagradas nos precedentes, como é o caso do *United States Code* (U.S.C.), isto é, a compilação das leis federais vigentes. Muitas vezes, o Código expõe as leis em ordem alfabética das matérias, sem a preocupação em estabelecer um todo coeso e sistemático. Dessarte, a sua interpretação não se efetua conforme o habituado pelo jurista continental, porquanto não passa de uma mera obra de consolidação de *statutes* ¹⁷⁶.

Com o crescimento do comércio, nacional e internacional, e o aumento da complexidade da vida social, no final do século XIX e durante o século XX, houve o aumento da necessidade de regulação do Estado em diversas esferas da vida social e econômica. Não obstante, o tradicional método do precedente, com a criação de regras de Direito por meio de decisões judiciais individuais, isto é, uma produção normativa caso a caso, de forma fragmentária e sem acompanhar o ritmo das transformações sociais e econômicas do último século, não correspondia às expectativas de uma regulação eficaz, racional e célere. A urgência em desenhar modelos regulatórios dirigidos a setores econômicos ou sociais específicos levou as autoridades federais e estaduais a elaborarem diplomas legislativos, mediante órgãos setoriais dotados de expertise e de conhecimentos técnicos da matéria a ser regulada. O clássico *judge-made-law* é eficiente para resolver lides particulares e imediatas, ao criar o Direito no caso concreto, porém não para enfrentar os novos desafios da sociedade contemporânea, tendo em vista, inclusive, a ausência de

¹⁷⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4º Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 463 - 469.

¹⁷⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4º Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 505 - 506.

poder, de estrutura, de expertise e de pessoal capacitado nos tribunais para estabelecer esquemas de regulação, gerais e abstratos, com o escopo de vincular um número indeterminado de pessoas e agentes econômicos ¹⁷⁷.

Given the rise and rise of the modern administrative state, the focus and function of lawmaking have shifted from judge-made common law, to congressionally enacted statutes, and now to agency-promulgated regulations. As of 2013, the *Code of Federal Regulations* exceeded 175,000 pages and included tens of thousands of rules. In 2013 alone, federal agencies filled about 80,000 pages of the *Federal Register* with adopted rules, proposed rules, and notices. By contrast, the 113th Congress (2013-2014) enacted just 144 public laws for a total of 1750 pages in the *Statutes at Large* ¹⁷⁸.

Portanto, em virtude das demandas crescentes da sociedade por uma atuação mais proativa do Estado, a legislação foi um instrumento eficaz para moldar o comportamento do próprio Estado e das pessoas. Assim, paulatinamente, a legislação foi ocupando um espaço, historicamente, reservado ao *common law* ¹⁷⁹. O detalhamento, a celeridade e a precisão da regulação imposta pela legislação foram fundamentais para o incremento da produção de regras de Direito pelos Parlamentos, em detrimento da produção normativa pelos tribunais ¹⁸⁰.

¹⁷⁷ HUGHES, Graham. Common Law systems. In: MORRISON, Alan B.. **Fundamentals of american law**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 14 – 15.

¹⁷⁸ WALKER, Christopher J. Inside agency statutory interpretation. **Stanford Law Review**. v. 67, 2015: 999 – 1078.

¹⁷⁹ FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 107. “La colección legislativa media de un estado cualquier ocupaba, a mediados del siglo diecinueve, un solo tomo voluminoso; en otras palabras, todas las leyes vigentes en, digamos, Michigan o Indiana, se podían recoger en un solo libro. Hoy, las colecciones legislativas de los estados, incluso de los pequeños, alcanzan diez o veinte veces aquel volumen”. FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 107.

¹⁸⁰ “Embora resistíssemos a uma codificação compreensiva do Direito no sentido europeu, o século XIX passado e o início do século XX, foram para o nosso Direito uma época de formulação sistemática de normas legais e estabelecimento da doutrina em campos particulares. No setor comercial, os conceitos e normas básicas, de vendas, de instrumentos negociáveis, e de vários tipos de crédito foram codificados. No campo dos Danos, os muitos e diferentes tipos de remédios para diferentes espécies de prejuízos foram sujeitos a rigorosa análise, a fim de determinar seus princípios subjacentes e assim, gradualmente, eliminar suas inconsistências. No processo civil, os anacronismos das regras mais antigas da *Common Law* foram grandemente descartados, freqüentemente por meio de adoção de novos códigos de processo que simplificaram e racionalizaram os sistema de depoimentos e de ação e apelação. Outros exemplos poderiam ser acrescentados para mostrar o movimento de nossa lei, naquele período e hoje, em direção a uma crescente certeza e justiça.” BERMAN, Harold J.. **Origens filosóficas do direito americano**. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano**. Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 179.

3.3.2 Fontes Secundárias

As fontes secundárias não têm o condão de criar direitos e obrigações. Apesar disso, elas auxiliam os juristas na resolução de casos práticos, por meio da explicação, da interpretação e das críticas às fontes primárias do Direito, o *case law* e o *statutory law*. Por isso, as fontes secundárias não são vinculantes aos juízes, embora muitos as utilizam com frequência para subsidiar seus julgamentos.

Dentre as principais, sobressai o *Restatement of the Law*. O *Restatement* é uma publicação do *American Law Institute*, uma associação privada, que se propõe a compilar e a sistematizar as regras do *common law* estadunidense. Não é uma produção oficial, sua autoridade está alicerçada na reputação do Instituto e dos autores que colaboraram na redação dessa coletânea. A palavra *Restatement* significa reafirmação ou re-declaração, o que já declara que a preocupação não é inovar na ordem jurídica, mas organizar as regras do *common law* vigentes no país, por intermédio da formulação impressa delas, com os princípios que as nortearam, os comentários e os exemplos expostos por juristas consagrados. “É essencialmente um Digesto sem citação de autoridade, publicado para orientação da decisão judicial sem benefício de sanção legislativa”¹⁸¹.

Além do *Restatement*, há outras fontes secundárias, como as revistas acadêmicas, as enciclopédias jurídicas, os *treatises*, os *Law Reports*. As revistas acadêmicas são geralmente ligadas às universidades ou a importantes institutos dedicados a matérias jurídicas específicas. As revistas jurídicas mais cobiçadas são aquelas vinculadas às melhores faculdades de Direito dos Estados Unidos, tais como a *Harvard Law Review*, a *Yale Law Review*, a *Stanford Law Review*, a *The University of Chicago Law Review*. Nessas revistas, são travadas discussões de altíssimo nível acadêmico, cujas repercussões exorbitam o cenário jurídico anglo-americano.

Os *treatises* são uma espécie de manual jurídico, dirigido a um assunto particular, com viés prático, que fornece as normas e os conceitos gerais, de forma direta, sem muitas reflexões. Os *treatises* assemelham com os diversos manuais

¹⁸¹ SILVEIRA, Alípio. **Introdução ao direito e à justiça norte-americanos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1962. Disponível em: < <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/21y9wc.pdf>>. Acesso em: 30 dez 2015.

disseminados no Brasil, voltado, principalmente, ao público da graduação e aos concursos públicos.

Os *American Law Reports* são séries de relatórios, organizados por data de publicação, que trazem os casos julgados pelos tribunais referentes a determinado objeto. Consiste num instrumento útil para o conhecimento dos precedentes sobre determinado assunto, já que facilita o acesso e a difusão dos julgados dos diversos tribunais da Federação ¹⁸².

3.4 A Organização Judiciária dos Estados Unidos da América

O sistema judiciário dos Estados Unidos é complexo e possui marcantes diferenças em relação à organização judiciária inglesa, justamente por refletir a estrutura federal de Estado. Como Estados e União são independentes, cada qual possui um sistema judiciário próprio, independente e paralelo aos demais. Ademais, desde as discussões protagonizadas pelos federalistas e antifederalistas durante a Revolução Americana e até a promulgação da Constituição de 1787, está assentada, na cultura jurídico-política desse país, a autonomia do Poder Judiciário, órgão de Estado independente, detentor de prerrogativas e garantias constitucionais, concretizando, pois, a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), consagrados pela experiência norte-americana e copiados por inúmeros países ocidentais.

Outra característica importante do sistema judiciário estadunidense é a organização hierárquica dos diversos órgãos do Poder Judiciário, composto por uma base de tribunais inferiores e uma cúpula formada pelas supremas cortes (estaduais e federal). Essa disposição hierárquica é imprescindível a um país de tradição jurídica do *common law*, em que vige a regra do *stare decisis*, porquanto, como já explicado anteriormente, os precedentes de tribunais superiores são de seguimento obrigatório pelos magistrados dos órgãos inferiores. Nesse contexto, há os juízos de primeira instância, espalhados pelo território dos Estados, consistente na porta de entrada do cidadão ao sistema judiciário. São juízos ordinários, capilarizados, conduzidos por juízes togados, que decidem monocraticamente, e, a depender da quantidade de jurisdicionados, podem ser dividido em especialidades, como juízos

¹⁸² FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 53 – 54.

próprios para casos de família ou lides criminais. Se não houver acordo entre as partes (algo muito comum na cultura jurídica norte-americana) ou até desistência da ação, e o juiz (ou o júri) prolatar sua decisão, esta pode ser apelada a um tribunal intermediário caso alguma das partes assim desejar. É direito da parte interessada que a decisão do juiz singular de primeira instância (ou o procedimento do júri) seja revista por um corpo de juízes numa instância superior – o princípio do duplo grau de jurisdição. Normalmente, nos tribunais intermediários, não ocorre a repriminção de todos os passos e procedimentos realizados no juízo *a quo*. Os juízes dos tribunais de apelação efetuam uma revisão mais limitada do julgado, já que sua atuação é voltada à busca de erros ou imperfeições cometidos pelo juiz singular apontados pela parte apelante ¹⁸³. Por fim, na estrutura hierárquica do sistema judiciário estadunidense, há as supremas cortes, órgão de cúpula do Poder Judiciário. Esses tribunais não fazem parte da jurisdição ordinária, visto que não são todos os casos que conseguem ser apreciados por esses órgãos supremos. Dito de outro modo, em regra, não há como a parte exigir que os tribunais supremos apreciem sua controvérsia jurídica, porquanto a jurisdição ordinária se esgota na corte de apelação, com o devido respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição. Por isso, a maioria dos casos finaliza nos tribunais de apelação.

Não é à toa, pois, que se afirma que as supremas cortes gozam de discricionariedade na escolha dos casos a ser julgados. A parte interessada precisa convencer o tribunal supremo a apreciar sua lide, ao demonstrar a relevância jurídica, política, social e/ou econômica do caso. A própria corte trata de estabelecer um filtro em relação aos inúmeros pedidos de julgamento, ao sabor da conveniência dos seus julgadores. É claro que pode haver exceções nessa ampla discricionariedade do tribunal, a depender das regras vigentes no Estado, como, por exemplo, na obrigatoriedade de revisão pela suprema corte da sentença que condena uma pessoa à morte ¹⁸⁴. No entanto, isso não retira o caráter de excepcionalidade das supremas cortes, que detém a prerrogativa de escolher os casos a ser analisados de acordo com sua repercussão na sociedade.

¹⁸³ FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 70 - 71.

¹⁸⁴ É o caso do Estado da Califórnia. FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 71.

Em Estados com menor população, como acontece com Rhode Island ¹⁸⁵, não há tribunais intermediários e a Suprema Corte deste Estado exerce o papel de tribunal de apelação. Em virtude da pequena quantidade de litígios judiciais, entendeu-se apropriado suprimir a estrutura jurídico-burocrática dos tribunais intermediários, ao passo que essa função foi incorporada ao tribunal supremo. Nesse caso, a Suprema Corte de Rhode Island não tem a prerrogativa de rejeitar casos submetidos a sua apreciação, pois, como funciona como tribunal de segunda instância, deve julgar os recursos das decisões dos juízos de primeira instância, assegurando, dessarte, o princípio do duplo grau de jurisdição. Já nos Estados de população mediana e elevada, há a estrutura anteriormente mencionada: juízos de primeira instância, tribunais intermediários e suprema corte ¹⁸⁶.

3.4.1 O Poder Judiciário nos *Papers Federalistas*

Os *Papers Federalistas* foram oitenta e cinco artigos publicados em jornais do Estado de Nova York durante os anos de 1787 e 1788, sob o pseudônimo Publius, escritos por três *Founding Fathers* dos Estados Unidos da América – James Madison, Alexander Hamilton e John Jay. O escopo dessas publicações era defender as deliberações tomadas na Convenção Constitucional de 1787, que originou a Constituição dos Estados Unidos de 1787, que, nesse momento, ainda carecia da ratificação pelas treze colônias para a sua vigência.

Nos artigos 78 a 83 da obra *O Federalista*, todos de autoria de Alexander Hamilton, o ponto central em discussão é o Poder Judiciário: sua organização, suas garantias, sua independência quanto aos outros Poderes, a relação entre uma justiça federal e as justiças dos Estados, a posição da Suprema Corte no cenário político e jurídico do país e o papel do Tribunal do Júri no sistema jurídico dos Estados Unidos.

Hamilton advogava a necessidade de um Judiciário Federal e considerava a ausência dessa estrutura um dos graves defeitos do modelo da Confederação norte-

¹⁸⁵ Em 2014, o Estado de Rhode Island possuía uma população estimada em 1.055. 173 pessoas, segundo o censo oficial dos Estados Unidos. In: UNITED STATES CENSUS BUREAU. Disponível em: < <http://quickfacts.census.gov/qfd/states/44000.html> >. Acesso em: 08 Jan 2016.

¹⁸⁶ FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 71.

americana adotado após a Revolução Americana ¹⁸⁷. Ademais, defendia a vitaliciedade dos juízes federais, que apenas deveriam perder seus cargos por meio de um procedimento próprio previsto pela Constituição quando não apresentassem bom comportamento, e a irredutibilidade dos vencimentos dos juízes. Somente por intermédio dessas prerrogativas institucionais, seria possível assegurar “a prontidão, a firmeza e a imparcialidade da administração da justiça” ¹⁸⁸.

O Poder Judiciário seria o Poder da República com menor possibilidade de afrontar a Constituição, visto que não possuía o monopólio da força, como o Executivo, e nem a disponibilidade sobre o Orçamento do Estado e sobre os direitos e deveres dos cidadãos, como o Legislativo. Por conseguinte, as decisões do Judiciário somente teriam efeitos com o auxílio da força pública monopolizada pelo Poder Executivo. Diante disso, por ser o mais fraco dentre os Poderes, seria imprescindível assegurar certas prerrogativas aos membros do Judiciário, como próprio instrumento de defesa em relação a tentativas de usurpação pelos outros dois.

O Poder Judiciário está sempre em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais – e como, finalmente, nada pode contribuir tanto para firmar a sua independência como a inamovibilidade dos juízes, deve essa instituição ser considerada como um elemento indispensável da organização do Poder Judiciário e como a cidadela da justiça e segurança pública. ¹⁸⁹

A vitaliciedade e a irredutibilidade salarial dos magistrados seriam mecanismos eficazes em garantir a independência no exercício de uma das mais importantes funções do Estado republicano. Aliás, não se pode olvidar da influência inglesa na concepção da autonomia do Poder Judiciário na América anglo-saxônica. Como dito no capítulo da tradição jurídica inglesa, desde a doutrina de Edward Coke, juntamente com a afirmação histórica da autoridade dos Tribunais Reais, o Poder Judiciário adquiriu *status* de Poder independente, autônomo, e de grande prestígio na sociedade monárquica inglesa.

¹⁸⁷ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 457.

¹⁸⁸ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 458.

¹⁸⁹ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 458 – 459.

Quanto à repartição de competência entre um Judiciário Federal e os tribunais estaduais, Hamilton defende que todas as matérias especificadas na Constituição da República devem ser decididas por um órgão judiciário federal, seja em primeira instância ou, pelo menos, em grau de recurso. Acredita que os tribunais estaduais até poderiam apreciar essas causas em primeira instância, o que evitaria uma multiplicação de cortes federais e maior racionalização do sistema judiciário estadunidense, contudo, impedir o conhecimento das apelações contra decisões dos Judiciários estaduais, em matérias reguladas pela Constituição do país, pela Suprema Corte seria verdadeiro desrespeito para com a vontade expressada pelos constituintes ¹⁹⁰.

Além disto, Hamilton esboça qual seria a extensão da competência do Poder Judiciário Federal. Todas as causas que envolvessem o Direito da União ou quando essa fosse parte em processo judicial seriam da competência da Justiça Federal. Outrossim, as matérias que cuidam da paz e da segurança do país, das relações internacionais e diplomáticas e do direito marítimo deveriam permanecer sob o jugo da jurisdição federal. Por fim, as lides que abarcam as relações entre os Estados da Federação ou interesses que não se podem esperar imparcialidade dos juízes estaduais devem ser conhecidos pelo órgão judicante da União.

Esse último ponto é fulcral na preservação da harmonia da Federação norte-americana. Diante do desafio constitucional de 1787 em construir uma União entre treze Estados soberanos e independentes, havia a necessidade de estabelecer um órgão independente e eqüidistante dos agora Estados da Federação estadunidense, a fim de assegurar a harmonia e estabilidade da União. Por isso, tudo que pudesse alterar o equilíbrio entre os Estados deveria ser submetido à vigilância da autoridade federal. Ou, nas palavras de Hamilton, “era necessário que a interpretação dela fosse confiada a um tribunal que, não tendo predileções locais, pudesse ser imparcial entre os diferentes Estados e os seus habitantes” ¹⁹¹.

¹⁹⁰ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 484 – 485.

¹⁹¹ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 469.

3.4.2 Os juízes norte-americanos

O método de escolha dos juízes varia conforme o Estado ¹⁹². Alguns Estados adotam o voto popular como instrumento de seleção de magistrados, enquanto noutros Estados, é o governador quem nomeia os juízes, com o consentimento do Poder Legislativo estadual, geralmente, com base numa lista elaborada por juristas, com a participação da *American Bar Association*, espécie de Ordem dos Advogados dos Estados Unidos ¹⁹³. Desde logo, é nítida a diferença no modo de seleção dos juízes nos EUA e no Brasil. Neste último, vige o sistema de seleção mediante concurso público de provas e títulos, exigindo tão só três anos de prática jurídica após a obtenção do grau de bacharel em Direito, além de sindicância de vida pregressa e investigação social, exame de sanidade física e mental e exame psicotécnico. Nos Estados Unidos, o juiz é um profissional experiente, com sólida carreira na advocacia, no serviço público ou na Academia. A nomeação ao cargo de juiz é conseqüência de uma carreira bem sucedida, do reconhecimento público e da maturidade profissional e intelectual. Por isso, o juiz é um sujeito dotado de grande prestígio e de respeito na sociedade norte-americana.

Devemos também levar em consideração o alto status político e social de nossos juízes. Os juízes americanos vêm à magistratura após uma carreira bem sucedida na prática jurídica e frequentemente após alguma participação na política; o juiz é geralmente uma figura bem conhecida na vida pública. O título de 'juiz' é considerado um título de honra, especial e uma pessoa que foi uma vez juiz, será referida por aquêle título mesmo se desistir do Judiciário e tiver abandonado as práticas legais ou se fôr ocupar um alto cargo público. ¹⁹⁴

O método de nomeação dos juízes norte-americanos não é imune às críticas. Principalmente, naqueles Estados em que o sufrágio popular é adotado

¹⁹² Para maiores informações acerca do processo de seleção de juízes em todos os Estados da Federação norte-americana, consultar o seguinte sítio: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=. In: NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. **Methods of judicial selection**: selection of judges Disponível em: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=. Acesso em: 08 jan 2016.

¹⁹³ MORRISON, Alan B..Courts. In: MORRISON, Alan B.. **Fundamentals of american law**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 57 - 58.

¹⁹⁴ BERMAN, Harold J.. Origens filosóficas do direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano**. Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 176.

como instrumento de seleção dos magistrados. Teme-se que a sujeição à vontade popular possa minar a independência e a imparcialidade que se esperam dos julgadores. Além disso, com a necessidade de realização de campanhas eleitorais, há a busca de financiamento para viabilizar a corrida eleitoral, fato que pode levar ao comprometimento da atuação futura dos magistrados, pois estariam vinculados aos inúmeros interesses que motivaram o aporte significativo de recursos na campanha aos tribunais. Sem olvidar, outrossim, que muitos juízes são membros de partidos políticos, até por expressa determinação das regras eleitorais de alguns Estados que utilizam a eleição popular para os cargos do Poder Judiciário ¹⁹⁵.

3.4.3 O Sistema Judiciário Federal

A Constituição dos Estados Unidos da América traz no seu artigo terceiro e nas três seções que o compõem disposições gerais acerca do Poder Judiciário da União. A Constituição, expressamente, menciona a Suprema Corte e outorga ao Congresso Nacional a competência para criar e organizar os tribunais federais inferiores. Apesar da autonomia dos Estados em disciplinar seu sistema judiciário, a maioria dos sistemas estaduais se assemelha à organização judiciária federal ¹⁹⁶.

3.4.3.1 Os juízes federais

No plano federal, os juízes são nomeados pelo Presidente da República, mediante o parecer e a aprovação do Senado Federal (“*by and with the Advice and Consent of the Senate*” – Artigo II, Seção 2, Constituição dos Estados Unidos da América de 1787). Nesse ponto, é patente a intenção dos Pais Fundadores em atribuir ao chefe do Poder Executivo da União um papel crucial na nomeação dos juízes federais, ao mesmo tempo em que confere a última palavra ao Senado, ao exigir o consentimento dessa Casa legislativa para consumir a nomeação do

¹⁹⁵ “Un estudio sobre los jueces de los tribunales de apelación de los Estados Unidos demostró, por ej., que cuatro de cada cinco jueces habían estado en la *política activa* en algún momento de su carrera. En los tribunales de los estados se da exactamente la misma situación. Los jueces suelen ser miembros fieles de un partido; la plaza de juez es la recompensa por los servicios políticos prestados. Se supone que también son buenos abogados y que tienen aptitud por la judicatura. De hecho, ello se tomará o no en cuenta según de quien se trate y quien tenga que elegirlos.” (grifo no original) FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988. p. 76.

¹⁹⁶ FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 31.

magistrado. Como corolário, o Legislativo pode impor efetivas restrições às escolhas presidenciais, ao mitigar, pois, essa importante prerrogativa do Presidente da República ¹⁹⁷. Segundo o artigo terceiro, seção primeira, da Constituição, os juízes conservarão seus cargos enquanto apresentarem bom comportamento (“*good behavior*”) e perceberão uma contraprestação pelos seus serviços que não poderá ser reduzida durante o exercício do cargo. Esse comando constitucional de permanência no cargo enquanto apresentar bom comportamento é, historicamente, associado à vitaliciedade do cargo de magistrado. Juntamente com o dispositivo da irredutibilidade dos vencimentos dos juízes, configuram as prerrogativas constitucionais dos julgadores estadunidenses, tendentes a assegurar a independência do Poder Judiciário e a liberdade de atuação dos magistrados.

Os juízes federais norte-americanos somente perdem o cargo em decorrência de processo de *impeachment* ¹⁹⁸, por motivo de traição, corrupção, ou outros crimes ou delitos graves, conforme preza o artigo segundo, seção quarta, da Constituição de 1787. O processo de *impeachment* deve ser aberto pela Câmara dos Representantes e o julgamento realizado pelo Senado Federal. Todavia, o *impeachment* de um magistrado federal é algo raríssimo nos Estados Unidos ¹⁹⁹. Até 2015, a Câmara dos Representantes só autorizou a abertura de processo de *impeachment* em quinze oportunidades, nas quais, em oito houve a condenação pelo Senado Federal e a conseqüente perda do cargo, em quatro oportunidades,

¹⁹⁷ EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A.. Nominating federal judges and justices. In: EDWARDS III, George C.; HOWELL, William G.. **The Oxford handbook of the American presidency**. New York: Oxford University Press Inc., 2009. p. 625 - 626.

¹⁹⁸ Esse é o posicionamento predominante na doutrina e na jurisprudência dos Estados Unidos, defendido por juristas do porte de Joseph Story, George Tucker e James Kent, muito embora haja juristas que argumentam que a Constituição não determina que o *impeachment* seja o único caminho idôneo a destituir juízes togados. Para o enfrentamento da discussão, ver: STOLZ, Preble. Disciplining federal judges: is impeachment hopeless. **California Law Review**. V. 57, may. 1969: 659 - 670. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2762&context=californialawreview>. Acesso em: 08 jan 2016.

¹⁹⁹ Ademais, é inegável a influência das posições políticas na condução do procedimento do *impeachment*. Muito embora a alegação central seja o cometimento de falta grave por um juiz, geralmente, a concretização do *impeachment* só se verifica se houver interesses políticos em jogo: “Impeachment has been universally condemned as a method of disciplining federal judges. That is not surprising when its history is measured against the system described above. It has been used for political purposes; the trial of Justice Chase was conceived as the first in a series designed to remove Federalists from the Supreme Court because their views were hostile to those of President Jefferson. Even the more recent impeachment trials have been influenced by politics”. STOLZ, Preble. Disciplining federal judges: is impeachment hopeless. **California Law Review**. V. 57, may 1969: 659 - 670. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2762&context=californialawreview>. Acesso em: 08 Jan 2016.

houve a absolvição perante o Senado, e, em três casos, o juiz acusado renunciou ao cargo e o processo foi extinto pelo Congresso Nacional ²⁰⁰. Em virtude da autonomia federativa, cada Estado da Federação estabelece as condições para a perda do cargo de juiz no âmbito do seu Judiciário local ²⁰¹.

3.4.3.2 A Estrutura do Poder Judiciário Federal

O sistema judiciário federal é organizado de forma hierárquica e geográfica. A base do sistema é composta pelos tribunais distritais (*U.S. district courts* ou *Trial Courts*), os juízos de primeira instância. Por intermédio dos tribunais distritais, o jurisdicionado tem acesso ao Poder Judiciário federal. Sua competência é geral, pois abarca tanto casos criminais como cíveis, com raras exceções de matérias que possuem uma corte federal especializada (ex: casos de falência e recuperação de empresas). Atualmente, são 94 tribunais federais distritais espalhados pelo território norte-americano, com, no mínimo, uma corte por Estado da federação. O número de juízes em cada distrito varia de acordo com o tamanho da população e a quantidade de litígios judiciais. Além disso, em cada distrito, há um tribunal dedicado exclusivamente aos casos de falência e recuperação de empresas (*Bankruptcy Courts*). Nos tribunais distritais, o processo e o julgamento são, normalmente, conduzidos por um único juiz, ou pode haver o julgamento pelo júri. Há ainda a figura do *magistrate*, que não é um juiz togado, e, por causa disso, não apresenta as prerrogativas da magistratura. A sua função é auxiliar o juízo, ao conduzir julgamentos quando houver o consentimento das partes, ao atuar na realização de audiências que não envolvam decisões, ao elaborar minutas de decisão a ser revisadas pelo juiz togado. Eles são selecionados pelos juízes distritais a partir de

²⁰⁰ FEDERAL JUDICIAL CENTER. **History of the federal Judiciary**: impeachments of federal judges. Disponível em: http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/judges_impeachments.html. Acesso em: 08 jan 2016.

²⁰¹ Para maiores informações sobre a perda do cargo de juiz nos diversos Estados da Federação norte-americana, vale consultar o seguinte endereço eletrônico: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/removal_of_judges.cfm?state. NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. **Methods of judicial selection**: removal of Judges. Disponível em: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/removal_of_judges.cfm?state. Acesso em: 08 jan 2016.

uma lista elaborada pelos advogados e juristas do distrito e detêm mandatos de oito anos ²⁰².

Em observância ao princípio do duplo grau de jurisdição, da decisão do juízo de primeiro grau, cabe apelação ao tribunal superior, o chamado tribunal de apelação (*U.S. Court of Appeal*). Os tribunais de apelação são distribuídos em circuitos regionais pelo país, num total de doze circuitos que abarcam os 94 tribunais distritais federais. A repartição da jurisdição entre os doze tribunais de apelação pode ser visto no anexo A. Além do processamento e julgamento dos recursos contra as decisões dos juízes de primeira instância, os tribunais de apelação possuem a competência originária para apreciar ações contra decisões de agências administrativas independentes, quando previsto em lei. Isso se justifica porque as decisões das agências reguladoras federais já pressupõem a realização de um procedimento administrativo complexo, com a participação efetiva dos interessados, sob a égide da cláusula constitucional do devido processo legal (*due process of law*) ²⁰³.

Nesses tribunais dos circuitos, normalmente, o julgamento é realizado por três juízes, que, em geral, não procedem à análise de fatos e nem permitem a produção de novas provas; seu escopo não é executar nova instrução do processo, algo já ocorrido na instância distrital, mas se concentrar na matéria de Direito e nos possíveis erros ou omissões das cortes inferiores ²⁰⁴.

No ápice do sistema judiciário federal estadunidense, está a Suprema Corte (*U.S. Supreme Court*). A Suprema Corte não integra a jurisdição federal ordinária e, destarte, poucos casos são apreciados anualmente, tendo em vista a ampla discricionariedade do tribunal na escolha das matérias a ser julgadas. Geralmente, as matérias julgadas envolvem questões relevantes sobre a Constituição ou o Direito federal. No próximo capítulo, será estudada com mais profundidade a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Ainda dentro da estrutura do Poder Judiciário federal, existem o Tribunal de Comércio Internacional (*U.S. Court of International Trade* ou *U.S. Customs Court*) e o Tribunal de Alegação Federal dos Estados Unidos (*U.S. Court of Federal Claims*),

²⁰² FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 35.

²⁰³ FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 36.

²⁰⁴ FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 36.

ambos são tribunais federais especializados de primeira instância, com jurisdição em todo território nacional, o primeiro sediado na cidade de Nova York e o segundo na capital do país, Washington D.C. O Tribunal de Comércio Internacional julga casos que envolvam o comércio internacional ou o direito aduaneiro. O Tribunal de Alegação Federal processa e julga casos que envolvam o governo dos Estados Unidos e as autoridades federais norte-americanas. Dessarte, esse tribunal julga lides que abarcam os contratos com o governo federal, os casos de responsabilidade civil da União (*federal torts*), a restituição de tributos cobrados irregularmente, a violação pelo governo federal do direito de patente ou de autor. As apelações contra as decisões do Tribunal de Comércio Internacional e do Tribunal de Alegação Federal são processadas e julgadas pelo Tribunal de Apelação do Circuito Federal (*U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit*). Essa Corte está sediada na capital do país e também detém competência para julgar recursos de decisões que envolvam patentes e direitos de autor (*copyrights*).

3.4.3.3 Competência do Poder Judiciário Federal

A Justiça Federal norte-americana tem competência exclusiva para processar e julgar litígios que versem sobre assuntos regulados pelo Direito Federal, o que envolve tanto as leis oriundas do Congresso Nacional, como as matérias de alçada das autoridades federais (inclusive as agências independentes federais), e a interpretação e aplicação dos tratados internacionais. Conhecida como *federal question jurisdiction* (questão de jurisdição federal)²⁰⁵, qualquer caso que envolva a interpretação e aplicação do Direito Federal é da competência da Justiça Federal.

Além da *federal question jurisdiction*, compete à Justiça Federal o processo e julgamento de casos que envolvam partes de diferentes Estados da federação, ou de um cidadão norte-americano e um cidadão de outro país, desde que o valor da ação seja igual ou maior a setenta e cinco mil dólares, mesmo que não seja matéria de Direito federal. Tal incidente de deslocamento de competência é chamado *diversity jurisdiction* ou *diversity of citizenship*, cujo objetivo central é a proteção do

²⁰⁵ No vocabulário jurídico dos Estados Unidos, a palavra *jurisdiction* significa tanto a noção de jurisdição como a concepção de competência utilizadas nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. As palavras *competency* e *competence* são empregadas no âmbito do direito probatório com outro significado, e não no sentido de competência como medida da jurisdição. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 85 – 86.

litigante que não pertence ao Estado em cuja jurisdição estadual o processo poderia se desenvolver (“*to ensure fairness to the out-of-state litigant*”²⁰⁶). Aponta-se que os tribunais estaduais poderiam ser tendenciosos em relação aos seus cidadãos em lides que envolvesse grande quantidade de dinheiro²⁰⁷. Quando o valor da ação for abaixo do mencionado acima, não há possibilidade de deslocamento do caso para a Justiça Federal e a apreciação cabe exclusivamente ao Poder Judiciário estadual, conforme as normas de competência estaduais. Para a determinação da cidadania da parte pessoa física, deve levar em conta o Estado de domicílio do indivíduo; quanto à pessoa jurídica, o vínculo é dado com o Estado que abriga a centralidade dos negócios da pessoa jurídica²⁰⁸.

²⁰⁶ UNITED STATES OF AMERICA. ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. **Understanding the federal Courts**. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/file/understanding-federal-courtspdf>>. Acesso em: 10 jan 2016.

²⁰⁷ FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 42.

²⁰⁸ FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 42.

4 O PAPEL DA SUPREMA CORTE NO QUADRO POLÍTICO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

“Quando, em 1961, o jornalista da CBS, Fred Friendly, perguntou ao ex-presidente Eisenhower se ele havia cometido algum grande erro como presidente, Eisenhower, subitamente, afirmou: ‘Sim, dois, e ambos estão sentados na Suprema Corte.’” (Tradução nossa) ²⁰⁹

4.1 A Relevância do Tribunal Supremo para os Federalistas

Conforme já visto no transcurso dessa obra, um Poder Judiciário autônomo e independente é um requisito imprescindível à consolidação de um regime democrático ocidental. Sob a máxima da separação de poderes, sistematizada cientificamente por Montesquieu ou construída historicamente pela prática política inglesa, e o mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*) institucionalizado pela teoria e prática estadunidenses ²¹⁰, o Poder Judiciário nos Estados Unidos adquiriu uma importância ímpar em comparação aos outros países ocidentais da época, aspecto bem percebido por Alexis de Tocqueville em sua pesquisa sobre as instituições políticas norte-americanas, ao afirmar que “quase não há questão política nos Estados Unidos que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, em questão judiciária” ²¹¹.

²⁰⁹ No original: “When in 1961, CBS news producer Fred Friendly asked the retired Eisenhower if he had made any great mistakes as president, Eisenhower snapped, ‘Yes, two, and they are both sitting on the Supreme Court’.” CRAY, Ed. **Chief Justice**: a biography of Earl Warren. New York: Simon & Schuster, 1997. p. 337.

²¹⁰ É importante notar que a máxima da separação de poderes e o mecanismo de freios e contrapesos não se confundem e tiveram origem e objetivos distintos. Enquanto a teoria desenvolvida por Montesquieu tinha como escopo apresentar e classificar as funções estatais num Estado de Direito, que deveriam ser independentes, a concepção de *checks and balances* vai além da mera separação dos poderes, porquanto sua preocupação central é a limitação dos poderes, por meio do controle recíproco, a fim de evitar a superposição de um aos outros, como também prevenir o perigo das “facções” ou maiorias eventuais que desrespeitem as minorias. Dessa forma, os poderes deveriam estar concomitantemente separados e vinculados entre si, numa sujeição recíproca. GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição. O legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. (Org.). **Filosofia política moderna**. De Hobbes a Marx. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; São Paulo: Departamento de Ciências Políticas - Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006, p. 176 – 177. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>. Acesso em: 13 jan 2016.

²¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 317.

Essa posição de destaque do Judiciário no sistema político estadunidense é encontrada desde os debates entre os federalistas e os antifederalistas, durante e após a Convenção Constitucional de 1787. No cerne dessas discussões, está a figura de um tribunal supremo, órgão de cúpula do Poder Judiciário, e suas atribuições em relação aos outros Poderes do Estado. Indubitavelmente, a conformação que os *Founding Fathers* deram à Suprema Corte e que, posteriormente, a prática jurídica consolidou fê-la uma instituição singular na estrutura estatal dos Estados Unidos, que, doravante, foi copiado por inúmeros países ocidentais.

Alexander Hamilton, no *Paper 81* da obra *O Federalista*, trava uma discussão acerca da estrutura do tribunal supremo da nação: se esse deveria ser um órgão independente dos outros dois Poderes ou se deveria pertencer ao Poder Legislativo, como ocorria na Inglaterra ²¹². Segundo os críticos da Constituição de 1787, a atribuição de dar a última palavra sobre a interpretação das leis e do Direito a um órgão judiciário independente resultaria na concessão de um poder muito elevado ao Judiciário, em detrimento do Poder Legislativo. Até porque, segundo os críticos, não haveria como limitar o poder dos juízes supremos no exercício da atividade de interpretar e aplicar o Direito.

Hamilton, por outro lado, expõe sérios argumentos contra os pessimistas da Constituição. Convicto de que o Judiciário seria o Poder que menos oportunidade tem para afrontar o regime constitucional, visto que não possui o controle da força estatal e nem a disponibilidade do orçamento do Estado, o político nova-iorquino adverte que a Constituição ainda traz mecanismos com o escopo de não conferir poderes ilimitados aos juízes do tribunal supremo, tal como a previsão de processo de *impeachment* contra aqueles magistrados que não apresentarem bom comportamento. Esse processo possibilitaria o controle da atividade do tribunal pelos dois órgãos do Legislativo, a Câmara dos Representantes, na autorização de abertura do processo, e o Senado no julgamento do *impeachment*. ²¹³

Ademais, ressalta a contradição que seria caso um litígio judicial fosse processado e julgado por magistrados togados, vitalícios no cargo, com suas

²¹² Nesse ponto, é importante retomar as discussões esboçadas no capítulo primeiro dessa obra quanto à função do Comitê de Apelação da *House of Lords* como última instância recursal do sistema judiciário inglês e a recente revolução provocada pela *Constitutional Reform Act* (2005).

²¹³ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 476.

garantias e prerrogativas, detentores de expertise e de experiência na prática forense, e a última palavra recaísse sobre um órgão formado por políticos, de caráter temporário, sem a expertise e a experiência acumuladas por quem milita há anos no Direito. Seria, deveras, um contrassenso a atribuição da última instância a um órgão sujeito a pressões político-partidárias, enquanto todo o processamento nas instâncias inferiores foi realizado por corpo técnico-jurídico, profissional, independente e autônomo ²¹⁴.

Por fim, e aqui talvez seja a maior contribuição de Hamilton, já que consiste num importante antecedente do controle jurisdicional de constitucionalidade de lei, a existência de uma Suprema Corte, órgão independente e autônomo do Poder Judiciário, é considerada indispensável a conferir efetividade a uma Constituição que se propõe a limitar os poderes do Estado. Como a Constituição é a principal norma do ordenamento jurídico estatal e, destarte, deve servir de parâmetro na interpretação de todo o Direito estadunidense, é necessário que haja um tribunal com autoridade para concretizar as limitações constitucionais, ao impor resistência às tentativas de usurpação de seus mandamentos. Inclusive, com autoridade para confrontar atos do Poder Legislativo que sejam manifestamente contrários à ordem constitucional. Não é porque o ato é proveniente dos representantes do povo, emanados dos órgãos legislativos, que ele pode contrastar a norma suprema do país. Essa representação a que se arvora o Legislativo decorre do sistema constitucional vigente, isto é, é a própria Constituição, que reflete a vontade expressa do Povo, que delega a alguns representantes desse Povo certos poderes, que, todavia, não podem ser utilizados de modo oposto à delegação conferida. Como diz Hamilton, “não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes” ²¹⁵.

Segundo a interpretação constitucional proposta, a Suprema Corte seria o intermediário entre o Povo (corporificado na Constituição) e os seus representantes, com a competência de assegurar os contornos da sua representação. O aspecto central nessa visão não é emprestar ao Judiciário uma posição mais elevada em comparação ao Poder Legislativo, porém é conferir à vontade Povo, reverberada no

²¹⁴ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 475.

²¹⁵ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 459.

texto constitucional, a condição superior a qualquer ato estatal e, disso se extrai que quando a atividade dos legisladores está em oposição à vontade constituinte, os juízes norte-americanos têm a obrigação de fazer valer o diploma constitucional ²¹⁶.

Diante do exposto, seria temerário atribuir a guarda da Constituição ao órgão responsável pela elaboração de leis, uma vez que, se houver a promulgação de uma lei contrária à Constituição, dificilmente o mesmo órgão seria capaz de corrigir os erros por ele mesmo praticados anteriormente, já que “o mesmo espírito que as fez fazer, deve dirigir a interpretação que se lhes der” ²¹⁷. Em vista disso, não se pode esperar que aqueles que vilipendiaram o texto magno pudessem ter a hombridade de corrigir seus próprios erros. Muito mais consonante com o sistema de freios e contrapesos entre os Poderes é a atribuição da tutela da Constituição a um tribunal independente e sem competência legislativa. Não é de outro modo que conclui Hamilton ao prescrever que “os tribunais de justiça devem ser considerados como os baluartes de uma Constituição limitada contra as usurpações do corpo legislativo” ²¹⁸.

Sem dúvida alguma, as contribuições de Hamilton foram essenciais para viabilizar a futura ascensão do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos, materializado pela atuação do *Justice Marshall* no célebre caso *Marbury v Madison*.

4.2 A Suprema Corte dos Estados Unidos da América

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi o único tribunal mencionado expressamente pela Constituição de 1787. Iniciou seu trabalho no dia dois de fevereiro de 1790, na cidade de Nova Iorque, então capital dos Estados Unidos ²¹⁹. Foi composta primeiramente por seis juízes, sob a presidência (*Chief of*

²¹⁶ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 460.

²¹⁷ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 474.

²¹⁸ HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 461.

²¹⁹ A cidade de Washington D.C. somente se tornou a capital dos Estados Unidos em 17 de novembro de 1800. Entre o ano de 1785 até 1790, a capital foi a cidade de Nova Iorque, de 1790 até 1800 foi a cidade da Filadélfia. UNITED STATES SENATE. **The nine capitals of the United States**. Disponível em: <http://www.senate.gov/reference/reference_item/Nine_Capitals_of_the_United_States.htm>. Acesso em: 14 jan 2016.

Justice) do federalista John Jay, nomeado pelo presidente George Washington ²²⁰. No início, teve uma atuação apagada e modesta, muito aquém da posição que assumiria décadas depois. Em virtude dessa discrição, várias pessoas recusaram ofertas de nomeação para o tribunal e até mesmo o então *Chief of Justice* John Jay deixou a Corte para assumir cargos mais relevantes em governos estaduais ²²¹. Todavia, com a ascensão de John Marshall ao cargo de *Chief Justice*, em 1801, a Suprema Corte começa a construir seu protagonismo e a se portar como legítimo Poder do Estado norte-americano, de igual prestígio aos outros dois, Executivo e Legislativo.

John Marshall ²²² foi nomeado presidente da Suprema Corte por John Adams e ocupou esse cargo por trinta e quatro anos, o mais longo até hoje. A Era Marshall foi caracterizada pela afirmação do tribunal como um dos três poderes dos Estados Unidos. Indubitavelmente, a decisão mais proeminente desse período, e quiçá a mais relevante da história da Suprema Corte, foi a proferida pelo juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Em virtude da importância do julgado na história político-constitucional dos Estados Unidos, cabe analisar atentamente as circunstâncias e os resultados advindos do presente caso.

4.2.1 O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade de Leis

O caso *Marbury v. Madison* (1803) – cujos detalhes comentaremos a seguir – é tradicionalmente apontado como o marco inaugural do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis. Até então, não havia uma posição firme da cúpula do Poder Judiciário em relação à prerrogativa de declarar um ato normativo emanado dos poderes políticos como incompatível com a lei maior do ordenamento jurídico estatal ²²³. Como já antecipado nesse trabalho, alguns antecedentes do controle

²²⁰ GREENHOUSE, Linda. **The U.S. Supreme Court: a very short introduction**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 4 - 5.

²²¹ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 37 – 38. John Jay foi governador do Estado de Nova York de 1795 até 1801, filiado ao Partido Federalista de John Adams e Alexander Hamilton.

²²² John Marshall (1755 - 1835) era membro do Partido Federalista, foi deputado federal pelo Estado da Virgínia e Secretário de Estado durante o governo de John Adams.

²²³ “Não parece haver dúvida, de toda a sorte, que, anteriormente a 1803 (ano em que foi julgado *Marbury v. Madison*), a Suprema Corte já houvera declarado inconstitucional legislação estadual, registrando-se enunciações precedentes do *judicial review*, outrossim, no âmbito das cortes estaduais e das cortes federais inferiores, em relação a leis estaduais e federais reputadas contrárias a normas constitucionais federais e estaduais. Não obstante a jurisprudência das cortes estadunidenses em relação ao princípio do *judicial review* possa ter-se iniciado anteriormente ao

judicial de constitucionalidade podem ser apontados na história político-constitucional inglesa e na estadunidense, pela doutrina de Sir Edward Coke, das Cartas da Coroa – espécie de Constituição das colônias inglesas na América, e pelas discussões enfrentadas pelos Federalistas. No entanto, a instituição do controle judicial de constitucionalidade de lei somente se verificou com a afirmação por John Marshall da supremacia da Constituição dos Estados Unidos, documento escrito que vincularia todos os Poderes do Estado, e, dessarte, o Poder Legislativo e sua competência de criar normas jurídicas gerais e abstratas e o Poder Executivo e suas ordens administrativas.

A questão, si uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição, póde tornar-se lei do paiz, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas, felizmente, de nem uma dificuldade proporcional á sua magnitude. Para resolvel-a, basta o reconhecimento de certos principios que foram longa e optimamente estabelecidos. [...] Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a Constituição é escripta. Para que fim os poderes são limitados, e com que intuito se confia á escripta essa delimitação, si a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aquelles que se quis refreiar? A distincção entre um governo delimitados ou de illimitados poderes se extingue desde que taes limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que actos prohibidos e actos permittidos sejam de equal obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios. [...] Certamente, todos quantos fabricaram constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, consequentemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível.²²⁴

Uma das principais contribuições dos Estados Unidos para a civilização ocidental foi a adoção de um documento escrito que trouxesse a organização e a limitação dos poderes do Estado e uma carta de direitos e garantias fundamentais do cidadão como diploma político-jurídico mais importante da nação. Seria esse

caso *Marbury v. Madison*, o certo é que, quer pela amplitude e consistência da fundamentação apresentada pelo *Chief Justice* Marshall, quer pela repercussão alcançada, esse deve ser considerado o *leading case* do controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos". In: RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

²²⁴ MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça (Série "Arquivos do Ministério da Justiça"), 1997. p. 24 – 25.

documento o responsável pela criação da União, pela instituição dos Poderes do Estado que, por isso, exerceriam sua competência nos limites da delegação exposta pela Carta Magna. Como é uma delegação feita por um instrumento jurídico – no caso, a norma superior do ordenamento jurídico – deve ser seguida por todos que estão sujeitos à jurisdição dos Estados Unidos e, em última instância, interpretada e aplicada pelos tribunais, cuja função precípua é interpretar e aplicar o Direito a casos concretos. Dessa forma, caso haja qualquer violação das normas constitucionais por pessoa ou por Poder, é obrigação do Poder Judiciário, se for devidamente provocado, a defesa da ordem constitucional, que, em última análise, representa a defesa da própria União norte-americana.

Emphaticamente, é a provincia e o dever do Poder Judiciario dizer o que é lei. Aquelles que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma com outram, os tribunaes devem julgar ácerca da efficacia de cada uma dellas. Assim, si uma lei está em opposição com a Constituição; si, applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingencia de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflicto regerà o caso. Esta é a verdadeira essencia do Poder Judiciario. Si, pois, os tribunaes teem por missão attender á Constituição e observal-a e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinaria, governará o caso a que ambas se applicam. Aquelles, pois, que contestam o principio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos á necessidade de sustentar que os juizes e os tribunaes devem fechar os olhos para a Constituição e só fital-os na lei. Esta doutrina subverteria o proprio fundamento das Constituições escriptas. Seria declarar que uma resolução, que é nulla em face dos principios e da theoria do nosso governo, todavia, na pratica se torna inteiramente obrigatoria. Seria declarar que, si a legislatura fizer o que lhe é expressamente prohibido, esse acto, não obstante a prohibição expressa, é de facto efficaz. Seria, devéras, dar á legislatura uma omnipotencia pratica e real, de um só e mesmo jacto em que se diz restringir seus poderes dentro de estreitos limites. Importaria tanto como prescreverem-se limites e declarar-se ao mesmo tempo que taes limites podem ser ultrapassados *ad libitum*. A só advertencia de que semelhante interpretação reduz a zero o que todos nós hemos julgado ser o mór aperfeiçoamento dado ás instituições politicas, uma Constituição escripta, bastaria de per si para a rejeição de tal erro na America, onde as Constituições escriptas são vistas como nimio acatamento. As expressões peculiares da Constituição dos Estados Unidos ministram, porém, argumentos addicionaes em favor dessa rejeição. ²²⁵

²²⁵ MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça (Série “Arquivos do Ministério da Justiça”), 1997. p. 26 – 27.

A repercussão desse julgamento na consolidação do constitucionalismo ocidental foi tão forte que Luís Roberto Barroso afirma que o modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo é alicerçado em quatro premissas originadas no Direito e na Ciência Política dos Estados Unidos, sendo que três dessas premissas derivam do caso *Marbury v. Madison*. A supremacia da Constituição, o controle judicial de constitucionalidade de lei e a supremacia judicial são vistos na decisão do *Justice Marshall*, o *leading case* do *judicial review*. A última premissa do constitucionalismo contemporâneo consiste na tutela dos direitos e garantias fundamentais, na proteção das minorais contra os abusos da maioria, que somente ganhou força na Corte Warren (1953- 1969), juntamente com a intensificação do movimento dos direitos civis ²²⁶.

A grande contribuição oferecida pelo caso *Marbury v. Madison* foi o entendimento forjado por Marshall, a despeito da ausência de qualquer disposição em relação a essa competência na Constituição de 1787, da possibilidade de a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidar qualquer ato normativo que não se compatibilize com o regime constitucional. Sem dúvida alguma, a assunção dessa competência contribuiu para a elevação dos poderes do Judiciário e a demarcação de sua posição central no complexo jogo político estadunidense. Claro, todavia, que a assunção desse poder foi imputada como mera conseqüência de uma interpretação “técnica-jurídica”, nos dizeres de John Marshall: “assim a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o principio essencial a todas as constituições escriptas, segundo o qual é nulla qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunales, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento” ²²⁷.

Para a melhor compreensão de *Marbury v. Madison*, é importante atentar às circunstâncias do caso concreto e à disposição das forças políticas norte-americanas no alvorecer do século XIX. Marbury, o autor do recurso à Suprema Corte, havia sido nomeado juiz de paz do recém criado Distrito de Colúmbia (Washington D.C.) pelo presidente John Adams. Adams pertencia ao Partido

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf >. Acesso em: 15 jan 2016.

²²⁷ MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça (Série “Arquivos do Ministério da Justiça”), 1997. p. 29.

Federalista e estava em final de mandato, com eleição já realizada e vencida pelo rival Partido Democrata-Republicano, cujo principal líder, Thomas Jefferson, foi eleito Presidente da República, além de ter conquistado a maioria do Congresso Nacional. A fim de preservar a influência dos federalistas em cargos estratégicos do Estado norte-americano, no limiar do seu mandato, Adams nomeia John Marshall, seu Secretário de Estado e membro importante do Partido Federalista, como *Chief of Justice*, e aprova o *Judiciary Act of 1801*, também conhecido como a Lei dos Juízes da meia-noite (*Midnight Judges Act*), que criava vários cargos de juízes federais no âmbito dos Tribunais de Apelação (*U.S. District Court*), até então exercidos cumulativamente pelos ministros da Suprema Corte. Para esses cargos, foram aprovados e nomeados juízes com perfil ideológico ligado aos federalistas, no final do governo de Adams. Quanto aos juízes de paz do Distrito de Columbia, não houve tempo suficiente para a posse, apesar de já ocorridos a nomeação e a aprovação dos nomes pelo Senado., que deveria ser presidido pelo então Secretário de Estado, John Marshall ²²⁸.

Com a posse de Thomas Jefferson, houve ordem expressa direcionada ao seu Secretário de Estado, James Madison, para não dar posse aos juízes nomeados por John Adams após a conclusão das eleições, e, mais além, revogar a posse dos juízes dos circuitos já em atividade. O cenário político norte-americano estava bastante polarizado, já desde a Convenção Constitucional da Filadélfia, entre os federalistas (Alexander Hamilton, John Adams, John Jay e John Marshall) e os democrata-republicanos (Thomas Jefferson e James Madison). Nesse contexto, Marbury ingressa com um recurso na Suprema Corte para pedir que o tribunal concedesse uma ordem (*writ of mandamus*) ao Secretário de Estado, a fim de assegurar sua posse e o exercício da atividade, para a qual já havia sido nomeado e aprovado, segundo o procedimento previsto na Constituição e nas leis vigentes ²²⁹.

No julgamento, em 1803, Marshall subverteu a ordem de apreciação e, primeiramente, julgou o mérito da ação, para somente depois atentar às questões preliminares. Assim, restou-se assentado que Marbury possuía direito subjetivo à posse no cargo público e que a desídia de Madison era ilegal. Contudo, posteriormente, declarou inconstitucional o artigo 13 do *Judiciary Act* de 1789, que

²²⁸ ACKERMAN, Bruce. **The failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 136.

²²⁹ CORWIN, Edward S.. Marbury v. Madison and the doctrine of Judicial Review. **Michigan Law Review.** V. 12, n. 7, p. 539, May 1914.

conferia à Suprema Corte a competência para apreciar esse caso, sob a alegação que a competência originária do tribunal supremo é definida pela Constituição, inconcebível, pois, o alargamento dela por meio de atos infraconstitucionais ²³⁰. Conseqüentemente, Marshall negou o pedido de Marbury e não concedeu a ordem contra o Secretário de Estado ²³¹, que inclusive não se apresentou à Corte, em forma de repúdio, por expressa determinação de Jefferson ²³².

Em vista disso, há de se perquirir se *Marbury v. Madison* realmente foi a consagração da supremacia judicial e do *judicial review*, porquanto não se pode cair no erro em analisar o caso de forma abstrata, sem a compreensão do jogo político da época, “com a completa abstração do seu resultado e do seu contexto” ²³³. A decisão de Marshall estava mais comprometida com as circunstâncias políticas da época, ao invés de propiciar uma revolução no Direito Constitucional ²³⁴. Ao mesmo tempo em que considerara legítimas a nomeação de Marbury, feita por ele mesmo quando era Secretário de Estado de Adams, e as controversas posses dos juizes da meia-noite, Marshall não concederia a ordem contra o governo de Jefferson, ao evitar, dessa forma, um conflito com os democratas-republicanos que dominavam os outros dois Poderes. Enfim, o seu objetivo foi resguardar a Suprema Corte das

²³⁰ Nesse ponto, já é possível visualizar, no argumento de Marshall, antecedentes do originalismo, isto é, da corrente da hermenêutica constitucional dos Estados Unidos que prega que, ao interpretar a Carta Magna, o jurista deve procurar o significado original pretendido pelos Pais Fundadores. Essa corrente ganhou força décadas depois e ainda hoje possui grande prestígio, principalmente, entre os conservadores, como os atuais *Justices* Antonin Scalia e Clarence Thomas. LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP Editora, 2009. p. 61.

²³¹ CORWIN, Edward S.. *Marbury v. Madison and the doctrine of Judicial Review*. **Michigan Law Review**. v. 12, n. 7, p. 539, May 1914.

²³² ACKERMAN, Bruce. **The failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 187.

²³³ BRANDÃO, Rodrigo. Constituição e sociedade: o outro lado de Marbury v. Madison. **Os Constitucionalistas**, Brasília, DF, 06 abr. 2015. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-outro-lado-de-marbury-v-madison> >. Acesso em: 16 jan 2016.

²³⁴ “The scene might have come straight from *The Mikado*: the new chief justice, the former secretary of state, relies on the testimony of his brother, another last-minute judge, to proclaim that the republic will crumble unless the new secretary of state delivers yet another last-minute commission that the chief justice had neglected in his desperate race against the clock. As if this weren’t sufficiently ridiculous, Madison’s boycott of the proceedings put yet another tragicomic turn on the affair: Was Marshall seriously proposing to write an opinion of the Court in his own case, on the basis of his brother’s testimony, without even hearing the opposing arguments? Wouldn’t it have been oh-so-much-better for Marshall to have appeared as a witness, and allowed another justice to write an opinion for the Court? If there ever was a time for a sober judge to recuse himself, surely this was Marshall’s moment?” ACKERMAN, Bruce. **The failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 187.

investidas dos outros Poderes ²³⁵, ao passo que defendia os interesses dos federalistas e a sua atuação enquanto Secretário de Estado.

Não é à toa, portanto, que se pode afirmar que “a jurisdição da Suprema Corte norte-americana decorreu muito mais de uma série de conquistas históricas do que propriamente de um arranjo constitucional formal de freios e contrapesos” ²³⁶.

4.2.2 Competências da Suprema Corte dos Estados Unidos

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América desempenha a função de guardião da Constituição e, pois, age como tribunal constitucional, ao mesmo tempo em que está no ápice do sistema judiciário federal, como última instância recursal dos Estados Unidos²³⁷. A sua competência originária foi definida, como referido acima, pela Constituição. Aliás, essa Constituição foi menos exaustiva na regulamentação do Poder Judiciário em comparação ao Poder Legislativo (capítulo primeiro) e ao Poder Executivo (capítulo segundo). Delega ao Congresso Nacional a atribuição da competência e a organização do Judiciário federal²³⁸. Dentre as competências da Suprema Corte, pode-se dividi-las em duas categorias: quanto à obrigatoriedade de apreciação e julgamento pelo tribunal, segmentando-os, pois, em casos obrigatórios e casos facultativos; e quanto ao grau hierárquico, o que resulta na competência originária e na competência recursal.

²³⁵ Aliás, o Poder Legislativo e o Poder Executivo já haviam enviado sinais de enfrentamento com a Suprema Corte, quando, por exemplo, alteraram o calendário da Corte, mediante a aprovação de uma lei, quando já havia sessões programadas para apreciar questões de interesse desses poderes. “The justices didn’t have any trouble decoding the message—talk of ‘grave consequences’ and ‘sinking’ abounds. And yet they did not simply crumple before the Republican juggernaut. Under Marshall’s leadership, they conducted themselves like a court, soberly considering the pros and cons of further resistance”. ACKERMAN, Bruce. **The failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 171.

²³⁶ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 49.

²³⁷ Enquanto isso, no modelo europeu de controle de constitucionalidade de lei e atos normativos, os tribunais constitucionais são externos ao Poder Judiciário, com a missão unicamente de guardiães da Constituição. CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada: Brasil, Itália, Alemanha e EUA**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 270.

²³⁸ Diferentemente, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 expressamente, e de forma exaustiva, delimita a competência dos diversos órgãos do Judiciário da União (tribunais superiores, Judiciários federal, trabalhista, militar e eleitoral), restando ao Judiciário estadual a competência residual, isto é, todas as causas que não foram expressamente mencionadas no texto magno. “A competência fixada na Constituição apresenta-se exaustiva e taxativa: dispositivo algum de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá reduzir ou ampliar tal competência”. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

A competência originária corresponde àquelas situações que devem, desde logo, ser submetidas ao processamento e julgamento pela Suprema Corte, sem percorrer as instâncias inferiores. São os casos definidos pela Constituição que, em virtude da relevância para a preservação da harmonia da Federação estadunidense, devem ser analisados, desde o início, pelo órgão máximo do Judiciário ²³⁹. Na verdade, são conflitos institucionais porquanto são controvérsias de natureza política, cujas consequências jurídicas atingem preceitos constitucionais ²⁴⁰. Os conflitos entre Estados, entre um Estado e um cidadão de outro Estado ou de outro país, entre um Estado e a União, ou casos que envolvam membros do corpo diplomático estrangeiro devem ser levados, desde pronto, ao julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Dessas hipóteses apresentadas, apenas as disputas entre Estados membros da Federação são casos de apreciação compulsória pelo tribunal. As outras hipóteses relatadas acima pertencem à competência facultativa da Corte, visto que não há meios jurídicos que possam obrigar o tribunal supremo a julgar esses casos.

Já a competência recursal responde pela vasta maioria das lides analisadas pela Suprema Corte e consiste nas situações em que a Corte atua como última instância em julgamentos iniciados em tribunais inferiores e como guarda da Constituição e do Direito federal. O grau de discricionariedade do tribunal na escolha dos casos a ser analisados é imenso, contudo, há uma pequena quantidade de matérias cuja apreciação pela Corte Suprema é compulsória, nos seguintes casos:

a) Quando um tribunal federal declarar inconstitucionalidade de uma lei do Congresso Nacional e o governo federal for parte na ação; ou em qualquer caso quando uma Suprema Corte estadual declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso Nacional;

b) Quando um tribunal estadual mantiver uma lei estadual numa ação que argüia sua inconstitucionalidade ou sua incompatibilidade com o Direito federal;

c) Quando um tribunal federal revogar uma lei estadual sob o argumento que havia conflito com a Constituição ou com o Direito federal;

²³⁹“A Corte deveria ser a balança entre a Nação e os estados, protegendo os interesses legítimos de ambos.” OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. **Lua Nova**, São Paulo, 78: 223 – 250, 2009. p. 230.

²⁴⁰ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**: Brasil, Itália, Alemanha e EUA. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 272.

d) Quando a decisão for proferida por tribunais distritais federais especializados de três juízes.²⁴¹

4.2.3 O Processo e Julgamento na Suprema Corte dos Estados Unidos

Como dito no capítulo anterior, em várias circunstâncias, a Suprema Corte tem a prerrogativa de decidir quais casos irá analisar e julgar. É a chamada competência facultativa ou discricionária, porque, simplesmente, fica ao critério dos *Justices* se determinada matéria merece ser apreciada pelo tribunal supremo. A competência obrigatória da Corte é escassa, o que torna a atividade do tribunal extremamente dependente das preferências dos ministros da época. Isso acontece, porque, em 1925, houve a promulgação do *Judiciary Act of 1925*, também conhecido como *Judge`s Bill* ou *Certiorari Act*, com o objetivo de reduzir a carga de trabalho da Suprema Corte. A partir de então, restou assentado o direito da parte ao duplo grau de jurisdição, que se consuma com a apreciação, pelos tribunais de apelação, dos recursos interpostos contra as decisões dos juízes de primeira instância²⁴². Quanto à possibilidade de a parte levar o seu caso à Suprema Corte, há a previsão de requerimento (*petition*) de um *writ of certiorari* (*Petition for Writ of Certiorari*), que consiste num pedido formal ao tribunal supremo para que analise a presente demanda, com a devida demonstração da relevância do caso, numa tentativa de convencer os magistrados que o julgamento dessa lide é importante para o Direito e para o país. Isto é, no requerimento dirigido à Suprema Corte, a parte deve lançar mão de preciosos argumentos, a fim de persuadir os ministros a julgar o presente pedido²⁴³. Em outras palavras, não há direito subjetivo da parte em obter o julgamento do seu caso pelo tribunal supremo da federação. O conteúdo do

²⁴¹ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 27

²⁴² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 333.

²⁴³ “Interesse nacional, manutenção da ordem, desafio constitucional e nuances políticas, além da carga de trabalho (*workload*), orientam a discricionariedade da Suprema Corte. Daí a tendência contemporânea em julgamentos vinculados a ações afirmativas (*affirmative actions*) e a direitos de homossexuais (*gay rights*), do mesmo modo como nas décadas de 1960 e de 1970 julgavam-se casos de direitos civis (*civil rights*), ou no início do século passado apreciavam-se discussões que aferiam o desenvolvimento do liberalismo econômico”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004. p. 5 – 6.

requerimento de *writ of certiorari* (*Petition for writ of certiorari*) está normatizado pela regra catorze das Normas da Suprema Corte dos Estados ²⁴⁴.

Quanto à admissibilidade do caso pela Corte, vige a regra do *Rule of Four*. Essa consiste numa convenção constitucional ²⁴⁵ que dispõe que se quatro dos nove juízes do tribunal considerarem que a controvérsia jurídica é relevante, o caso deve ir a julgamento. Dessa forma, impede que a maioria possa comandar a pauta da Corte e exige que a parte convença, ao menos, quatro *Justices* para que sua demanda seja apreciada e julgada pelo tribunal. Ademais, vale a pena mencionar que a sessão destinada à admissibilidade dos pedidos é secreta, composta unicamente pelos ministros do tribunal. Dessa forma, não é dada publicidade aos votos de acolhimento ou de rejeição, bem como aos fundamentos utilizados por cada *Justice* para negar ou aceitar os inúmeros requerimentos feitos anualmente ao tribunal supremo ²⁴⁶.

Se a Suprema Corte (ou melhor, quatro *Justices*) estiver convencida da importância do caso, ela expede um *writ of certiorari*, isto é, uma ordem ao tribunal inferior para que envie informações sobre o caso, a fim de subsidiar o julgamento pela Corte. A expedição da ordem é desprovida de qualquer caráter decisório quanto ao mérito da lide, isto é, não se está valorando os argumentos trazidos no recurso, mas tão somente a explicitar o interesse do tribunal em apreciar essa controvérsia jurídica ²⁴⁷. Por causa disso, a decisão de negar o *certiorari* (*denial of certiorari*) à determinada situação não implica coisa julgada ou qualquer outro efeito jurídico para casos futuros, sujeitos, tão só, à discricionariedade dos magistrados. Isto significa que, futuramente, um caso similar ao ora rejeitado possa ser aceito para julgamento pelos mesmos ministros que agora desprezaram um caso parecido ²⁴⁸.

²⁴⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Adotado em 19 de Abril de 2013, vigente a partir de 1 de Julho de 2013. Disponível em: < <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf> >. Acesso em: 20 jan 2016.

²⁴⁵ Convenções constitucionais são práticas/costumes/hábitos que disciplinam assuntos de natureza constitucional. YINGLING, M. Patrick. Judicial conventions: an examination of the U.S. Supreme Court's Rule of four. **Dublin University Law Journal**. Vol. 38(2), 2015, p. 478. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2621066. Acesso em: 20 jan 2016.

²⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n° 233, pp. 201 – 211, jul./set. 2003, p. 204 – 205.

²⁴⁷ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada: Brasil, Itália, Alemanha e EUA**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 278.

²⁴⁸ “O indeferimento do *certiorari* não significa que a Suprema Corte entenda correta a decisão do tribunal inferior; significa pura e simplesmente que ela não se dispõe a enfrentar a questão federal suscitada, seja porque sua pauta esteja sobrecarregada, seja porque a questão não lhe pareça relevante, seja porque os fatos da causa não comportem a formulação precisa da questão, seja

Em média, a Suprema Corte aceita de cem a cento e cinquenta casos num universo de mais de sete mil pedidos por ano ²⁴⁹.

Após o deferimento do *writ of certiorari*, o caso é colocado na pauta anual da Corte. As partes têm o direito de apresentar arrazoados escritos (*briefs*), com no máximo cinquenta páginas ²⁵⁰, cujo objetivo é sintetizar o caso e apresentar os principais argumentos e controvérsias que devem ser apreciados pelos ministros. Em seguida, a Corte marca a audiência, na qual os advogados podem fazer uso da palavra (*oral arguments*) ²⁵¹. As sessões de sustentação oral são abertas ao público e, normalmente, são escolhidos dois casos por dia, com uma hora dedicada a cada litígio. Cada parte tem meia hora para sua manifestação oral e a maior parte desse tempo é utilizado para responder os questionamentos feitos pelos *Justices*. Nessa oportunidade, os juízes, já cientes das circunstâncias do caso e dos arrazoados apresentados (*briefs*), aproveitam para solucionar dúvidas e obscuridades, além de desafiar os argumentos expostos pelos advogados ²⁵².

ainda porque a Corte deseje aguardar outros pronunciamentos de tribunais inferiores sobre o mesmo assunto, a fim de aproveitar os subsídios que eles possam trazer. Quer dizer: motivos de conveniência e oportunidade podem influir largamente no desfecho.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 233: 201 – 211, jul./set. 2003. p. 205.

²⁴⁹ UNITED STATES. THE ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. **Supreme Court procedures**. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>. Acesso em: 20 jan 2016.

²⁵⁰ UNITED STATES. THE ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. **Supreme Court procedures**. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>. Acesso em 20 jan 2016.

²⁵¹ O ano judiciário da Suprema Corte dos Estados Unidos inicia na primeira Segunda-Feira de Outubro e vai até o final de Junho ou início de Julho, início do verão no hemisfério norte. As sustentações orais (*oral arguments*) acontecem durante os meses de Outubro até Abril.

²⁵² UNITED STATES. THE ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. **Supreme Court procedures**. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>. Acesso em 20 jan 2016. “O que fica aparente é que os ministros não estão realmente interessados no discurso dos advogados. Eles querem ir direto aos pontos que têm interesse em discutir. E querem debater — não ficar ouvindo alegações infundáveis. Assim, a conceituada advogada Mary Bonauto, que em 2006 ganhou a primeira causa em favor do casamento gay em Massachusetts, começa a discursar sobre a ‘fundação da família em nossa sociedade’ e sobre o fato dos casais homoafetivos serem relegados a um status de segunda classe, a quem foi conferida uma ‘mancha de desmerecimento’, quando o ministro John Roberts, presidente da corte, acha que ela já falou demais e a interrompe para perguntar: ‘Qual é a definição de casamento?’. Nesse interim, entra um outro ‘lance’ interessante do jogo da Suprema Corte. O ministro Roberts, que é conservador e, portanto, contra o casamento gay, quer derrubar a advogada. Ele ataca: ‘Nos últimos anos, todas as definições que vi sobre casamento se referem à união entre um homem e uma mulher. Sua pretensão não é se juntar à instituição, mas mudar a instituição como ela é’. [...] Ministros que já sabem qual será seu voto fazem perguntas aparentemente contrárias aos advogados, com a esperança de obter algum argumento de valor para sustentar seu voto, que já está definido. É como um investigador que já tem uma teoria sobre um fato, mas ainda precisa de bons elementos ou de provas para sustentá-la. Assim, ele coloca investigadores nas ruas para obter informações ou provas que possam ajudá-lo a comprovar sua teoria. O resto não interessa. [...] Outro ‘lance’

4.2.3.1 A Figura do Amicus Curiae

Um instituto típico do direito anglo-americano e que foi incorporado, recentemente, no Brasil, é o *amicus curiae*. Expressão latina que significa “amigo da Corte”, o *amicus curiae* foi adotado, inicialmente, na Inglaterra, como um sujeito desinteressado no objeto da lide (“*disinterested bystander*”), alguém imparcial que ajudaria o tribunal com informações e conselhos, a fim de prevenir erros ou esclarecer fatos ou dados obscuros e/ou técnicos. Portanto, sua função não era auxiliar qualquer das partes no processo judicial, mas “ajudar os tribunais a evitar erros, servindo para preservar a reputação e a integridade/retidão do Judiciário” (tradução nossa) ²⁵³. No primeiro século de atividade da Suprema Corte norte-americana, a intervenção de *amici curiae* era raríssima; no início do século XX, em torno de dez por cento dos processos já havia intervenção de “amigos da Corte”. Nos últimos anos, todavia, em torno de oitenta e cinco por cento dos casos julgados pela Suprema Corte já havia participação de, ao menos, um *amicus curiae* ²⁵⁴. Isso se deve, possivelmente, pela mudança do papel do *amicus curiae* nos processos judiciais nos Estados Unidos. De um personagem sem interesse na causa, atualmente, os *amici curiae* são um dos mais interessados no processamento e julgamento dos casos, e, por isso, frequentemente, são chamados, de forma depreciativa, de “lobistas da Corte” ²⁵⁵. Há, inclusive, escritórios de advocacia especializados em atuar como “amigos da corte”, que, geralmente, representam

interessante é o fato de os ministros socorrerem os advogados, por cuja causa eles ‘torcem’, quando eles estão sob ataque adversário e em apuros. As ministras Ruth Ginsburg, Sonia Sotomayor e Elena Kagan, todas liberais e a favor do casamento gay, socorreram a advogada algumas vezes. Da mesma forma que os ministros conservadores socorreram os advogados da parte contrária ao casamento gay. [...] Enfim, as audiências na Suprema Corte dos EUA acabam se tornando um debate generalizado.” MELO, João Ozorio de. Áudio de audiência da Suprema Corte dos EUA mostra como ela funciona. **Consultor Jurídico – ConJur**, São Paulo, 30 abr. 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-abr-30/audio-audiencia-suprema-corte-eua-mostra-ela-funciona?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 21 jan 2016.

²⁵³ No original: “By helping the courts avoid error, served to maintain judicial honor and integrity”. LOWMAN, Michael K.. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? **The American University Law Review**, V. 41 (1992): 1243 – 1299. p. 1248. Disponível em: < <https://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/41/lowman.pdf> >. Acesso em: 21 jan 2016.

²⁵⁴ KEARNEY, Joseph D.; MERRILL, Thomas W.. The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**. V. 148 (2000): 742 – 855. p. 744. Disponível em: < http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3356&context=penn_law_review >. Acesso em 21 jan 2016.

²⁵⁵ SIMPSON, Reagan Wm.; VASALY, Mary R.. **The amicus brief: how to be a good friend of the Court?** 2. ed. Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, 2004. p. 3.

grupos de interesses, dos mais variados tipos ²⁵⁶. O atual *amicus curiae* deixa de ser o sujeito imparcial e desinteressado na causa e, deveras, torna-se o amigo do litigante, ao invés de “amigo da Corte”. ²⁵⁷

4.2.3.2 O Procedimento de Decisão na Suprema Corte dos Estados Unidos

Diferentemente da prática judiciária brasileira, na Suprema Corte dos Estados Unidos, as decisões não são tomadas após a audiência com as partes. Realizadas as sessões de debate oral, com a presença das partes, dos seus advogados e, eventualmente, dos *amici curiae*, ocorrem as conferências entre os *Justices*, a fim de discutir os casos entre eles e tomar decisões. Essa sessão é fechada, somente entre os magistrados, inclusive vedada a presença dos auxiliares dos juízes. Antes dessas conferências, os ministros estudam os casos com seus assessores e já vão, muitas vezes, com o voto pronto. Nessa oportunidade, os juízes discutem os casos, com a concessão da palavra a cada *Justice* que queira se manifestar. Tradicionalmente, é o *Chief Justice* quem primeiro faz uso da palavra, ao tecer suas considerações sobre os processos em análise, e, em seguida, cada ministro detém a palavra, seguindo a ordem de antiguidade na Corte, isto é, do

²⁵⁶ SIMPSON, Reagan Wm.; VASALY, Mary R.. **The amicus brief: how to be a good friend of the Court?** 2. ed. Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, 2004. p. 3.

²⁵⁷ O instituto do *amicus curiae* é alvo de inúmeros estudos importantes nos Estados Unidos e, mais recentemente, no Brasil, mormente, no seu uso como instrumento de democratização da jurisdição constitucional. Sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, e ciente da multiplicidade de estudos doutrinários sobre o instituto versado, são sugeridas algumas referências: ANDERSON, Helen A.. Frenemies of the Court: the many faces of *amicus curiae*. **University of Richmond Law Review**. V. 49, 2014. p. 361 – 416; ANGELL, Ernest. The *amicus curiae* American development of English institutions. **The International and Comparative Law Quarterly**, V. 16, n. 4, 1967, pp. 1017-1044; BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; COVEY JR., Frank M.. *Amicus curiae*: friend of the Court. **DePaul Law Review**. Vol. 09 (1959): 30 – 37; KEARNEY, Joseph D.; MERRILL, Thomas W.. The influence of *amicus curiae* briefs on the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 148 (2000): 742 – 855; KOCHEVAR, Steven. *Amici curiae* in civil law jurisdictions. **The Yale Law Journal**. Vol. 122, 2013, p. 1653 – 1669; KRISLOW, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. **The Yale Law Journal**, V. 72, n. 4, 1963, pp. 694-721; LARSEN, Allison Orr. The trouble with *amicus* facts. **Virginia Law Review**. Vol. 100, 2014, p. 1757 – 1818; LOWMAN, Michael K.. The litigating *amicus curiae*: when does the party begin after the friends leave? **The American University Law Review**, Vol. 41 (1992): 1243 – 1299; MCGUIRE, Kevin T. *Amici curiae* and strategies for gaining access to the Supreme Court. **Political Research Quarterly**, Vol. 47, n. 4, 1994; MOHAN, S. Chandra. The *amicus curiae*: friends no more? **Singapore Journal of Legal Studies**. 2010(2): 352 – 377; SIMPSON, Reagan Wm.; VASALY, Mary R.. **The amicus brief: how to be a good friend of the Court?** 2. ed. Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, 2004; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. *Amicus curiae* and the role of information at the Supreme Court. **Political Research Quarterly**, Vol. 50, n. 2, 1997, pp. 365-386.

decano ao mais novo integrante do tribunal ²⁵⁸. Finalizadas as discussões, o presidente do tribunal é o primeiro a votar, seguido pelos votos dos demais ministros, conforme o critério de antiguidade. Após o voto do magistrado mais jovem, o *Chief Justice*, ou o juiz mais antigo que compõe a maioria, caso o presidente faça parte do bloco vencido, escolhe um *Justice* do bloco majoritário para escrever o acórdão do tribunal (*opinion of the Court*). Ademais, o ministro mais antigo da ala vencida pode atribuir a um dos juízes desse bloco a confecção de um voto divergente (*dissenting opinion*) ²⁵⁹. Além disso, se um dos magistrados que compõe a maioria não concorda com os fundamentos apresentados pelo relator do acórdão, é facultado a esse a publicação de um voto em separado (*concurring opinion*) ²⁶⁰.

Geralmente, a publicação das decisões da Suprema Corte ocorre nos últimos dias de atividades do tribunal antes do recesso de verão. Não há regras que impõem prazo para a publicidade dos acórdãos, com exceção do último dia de

²⁵⁸ Diversamente, no Brasil, nos julgamentos realizados no Supremo Tribunal Federal, primeiramente, vota o relator do processo, seguido do revisor, se o caso assim exigir, e, doravante, segue a ordem inversa de antiguidade, isto é, do mais novo ao decano da Corte.

²⁵⁹ Juarez Freitas e Gabriel Wedy ressaltam a importância dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos para a história constitucional do país. Apesar de não constituírem o posicionamento da Corte, os votos vencidos, às vezes, veiculam os melhores fundamentos e contribuem para manter aceso o debate público sobre determinado tema, ao poder, inclusive, servir de alicerce para a alteração futura do entendimento do tribunal: “sem dúvida, o escrutínio intertemporal das decisões da Suprema Corte, que jamais se confunde com o desacato, autoriza afirmar que determinado voto dissidente é que era o melhor, merecendo servir como inspiração para mudança de opinião, a par de alento para movimentos em defesa dos direitos civis, novas posturas ambientais e abordagens morais civilizatórias. Não são inusuais os casos em que a maioria da Corte entendeu de acordo com tendências epocais e tomou rumos interpretativos que conflitam com os anseios das gerações futuras. em contrapartida, alguns votos dissidentes deixaram transparecer que foram prolatados com visão de longo prazo, amparados em perspectiva que faltou à maioria. [...] Quando um *justice* publica o dissenso, para que este fique consignado para a ‘história’, ele o faz com a presumida expectativa de que, algum dia, os atores do processo político modificarão o entendimento dominante e, assim, os *justices*, em composições futuras, compartilharão sua leitura constitucional”. FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Revista de Doutrina da 4º Região**. Porto Alegre, n. 65, abr. 2005. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92152/legado_votos_vencidos_freitas.pdf. Acesso em: 23 fev 2016.

²⁶⁰ “A majority of Justices must agree to all of the contents of the Court’s opinion before it is publicly delivered. Justices do this by “signing onto” the opinion. The Justice in charge of writing the opinion must be careful to take into consideration the comments and concerns of the others who voted in the majority. If this does not happen, there may not be enough Justices to maintain the majority. On rare occasions in close cases, a dissenting opinion later becomes the majority opinion because one or more Justices switch their votes after reading the drafts of the majority and dissenting opinions. No opinion is considered the official opinion of the Court until it is delivered in open Court (or at least made available to the public).” UNITED STATES. THE ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. **Supreme Court procedures**. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>. Acesso em 21 jan 2016.

atividade do tribunal ²⁶¹. Caso haja empate, a decisão do tribunal *a quo* é mantida (como são nove ministros na Suprema Corte dos Estados Unidos, essa hipótese é configurada quando houver, por exemplo, vacância no cargo ou algum *Justice* se declarou impedido para determinado processo) ²⁶².

O procedimento relatado acima é o ordinário, o julgamento completo, porquanto envolve sustentação oral dos advogados da parte e decisão da Corte devidamente fundamentada. No entanto, há outro procedimento existente na Suprema Corte, embora não tão usual. É o julgamento *per curiam*, que não permite argumentação oral e a sentença é breve, sem fundamentação, rotulada de *per curiam* (pela Corte), em vez de assinada pelos *Justices*. Os casos submetidos ao julgamento *per curiam* são aqueles que os magistrados têm interesse em decidir, embora não considerem imprescindíveis robusta fundamentação e toda instrução processual. Além disso, aplica-se o procedimento *per curiam* às matérias que já foram decididas anteriormente pelo tribunal ²⁶³.

4.2.3.3 Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo pela Suprema Corte

Nos Estados Unidos, não há a possibilidade de apreciação da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese, de forma abstrata, como ocorre no modelo austríaco (europeu) de controle de constitucionalidade das leis, cujo epicentro é o tribunal constitucional, órgão externo ao Poder Judiciário, responsável pela guarda e interpretação da Constituição. Em decorrência disso, não

²⁶¹ Normalmente, decisões unânimes são publicadas logo, enquanto aquelas que contêm votos divergentes ou votos em separado são publicadas bem próximas ao término das atividades da Corte. Foi o caso da publicação de *Obergefell v. Hodge*, que considerou inconstitucionais as leis que proibiam ou dificultavam o casamento/união entre pessoas do mesmo sexo em vários Estados, com base na igualdade perante a lei insculpida na décima quarta emenda à Constituição de 1787, cuja publicação ocorreu no dia 26 de Junho de 2015, em plena Sexta-Feira, último dia de atividade da Suprema Corte antes do recesso de verão. PEREDA, Cristina F.; BASSETS, Marc. Suprema Corte dos Estados Unidos legaliza o casamento gay. **El País**. Washington D.C., 26 jun. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/26/internacional/1435327649_177772.html>. Acesso em: 21 jan 2016.

²⁶² UNITED STATES. THE ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. **Supreme Court procedures**. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>. Acesso em 21 jan 2016.

²⁶³ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 139 – 140.

existem ações judiciais específicas para argüir a inconstitucionalidade de uma norma geral e abstrata.

No sistema jurídico norte-americano, o controle da eventual inconstitucionalidade de um ato normativo é realizado durante a análise de um caso concreto, na apreciação do mérito do litígio, com todas suas circunstâncias e suas limitações. Dessa forma, o controle jurisdicional é focado na aplicação de determinada lei ou ato normativo a uma situação fática particular, que pode configurar numa infração a algum dispositivo constitucional. Por isso, o controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos é casuístico, difuso, porquanto está limitado pelo pedido das partes e pelas circunstâncias do caso, além de gerar efeitos apenas *inter partes*.

No entanto, num sistema jurídico em que vige a regra do *stare decisis*, a fundamentação apresentada pelos tribunais superiores (ou seja, a regra de Direito construída no caso) tem o condão de sujeitar os tribunais inferiores, como já visto nos capítulos anteriores. Qualquer juiz estadunidense pode (ou melhor, deve) exercer o controle de constitucionalidade de leis no caso concreto, cujos efeitos jurídicos apenas serão suportados pelas partes arroladas no processo. Não obstante, como corolário do *stare decisis*, uma manifestação da Suprema Corte dos Estados Unidos, em sede de jurisdição constitucional, gera um precedente de natureza obrigatória para todos os juízes e autoridades administrativas do país. Se o tribunal supremo considerar que determinada lei ou ato normativo viola dispositivos constitucionais, declarará, incidentalmente, sua incompatibilidade com a Constituição, deixando, pois, de aplicá-la ao caso em tela, raciocínio que deve ser seguido pelos juízes de todo o país em matérias semelhantes ²⁶⁴. Nesse caso, a lei - ou qualquer ato normativo infraconstitucional - dita como inconstitucional não deixa, a rigor, de existir no ordenamento jurídico, já que não existe a prerrogativa da Suprema Corte de extirpar o ato inconstitucional, como ocorre nos países que adotam o controle concentrado de constitucionalidade, porém, apesar da existência formal (permaneça *on the books*), a lei inconstitucional não poderá mais ser aplicada

²⁶⁴ Aqui, utilizou-se a palavra “raciocínio” justamente para se referir à *ratio decidendi*, isto é, à fundamentação dada na resolução do processo judicial, porquanto é esta que vincula os demais juízes, conforme já exposto nos capítulos I e II do presente trabalho.

pelos juízes ou pelas autoridades administrativas e será considerada, na prática, uma lei morta (*dead law*)²⁶⁵.

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1891, influenciada pelos ideais republicanos de Ruy Barbosa, houve a incorporação do modelo de controle de constitucionalidade difuso, nos moldes do exercido nos Estados Unidos da América, conforme expõe Ruy Barbosa:

Eu sabia que o remedio judicial contra os actos inconstitucionaes, ou illegaes, da auctoridade politica não se deve pleitear *por acção directa e principal*, A regra é que "os tribunaes não podem conhecer da legalidade de taes actos, senão emquanto são chamados a contribuir para a sua execução: *quando o governo, ou os particulares invocam os tribunaes, para obter uma condemnação civil, ou criminal*. Então, antes de se associar a elles, a justiça é obrigada a examinar o valor do acto, que se pretende em vigor; e, si o acha inquinado de illegalidade, si o poder administrativo sahiu do circulo de suas attribuições, é dever delia abster-se de apoiá-os, com o seu concurso." Por este motivo não me dirigi á justiça federal, dizendo-lhe: "Estas demissões, estas reformas são inconstitucionaes. Mandae-me cancelar estas reformas, estas exonerações." Não; em tal leviandade não resvalava eu, por mais ruim aprendiz que me supponha o meu digno antagonista. O que eu requeiro da justiça, é o que a justiça me não pode negar. Estes actos do executivo, digo, esbulharam os meus constituintes de uma parte inviolavel de seu patrimonio: a posse de um titulo legal a certas e determinadas presta-ções do Thesouro. Mas eu não podia articular a minha intenção, sem esteial-a. E, para esteial-a, é que me foi mister demonstrar a inconstitucionalidade da medida, que subtrahiu aos meus clientes essa vantagem. A inconstitucionalidade, portanto, não se adduz como alvo da acção, mas apenas como subsidio á justificação do direito, cuja reivindicacão se discute. O advogado não podia aventurar a affirmacão de um direito, sem lhe sobpôr a base. A base qual é? A Consti-tuição, que positivamente garantiu esse direito. E porque m'o arrancaram a despeito dessa garantia suprema? Em virtude de uma resolução do presidente da Republica, E eis ahi, frente a frente, no pretorio, o presidente da Republica e a Constituição, sem que eu aliás fizesse do presi-dente da Republica, ou da Constituição, o objecto da causa. Entre uma e outro ha direitos, que se dizem violentados. Sobre esses direitos versa o litigio. O valor relativo dos dois princípios, que se representam no chefe do Estado e na Consti-tuição, acareados nos actos de um e nos textos da outra, não entra na lide senão como elemento de julgar : não é o seu ponto de mira judicial. O principio geral debate se a propósito do caso particular; e a sentença ha de resolver

²⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 82; CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada: Brasil, Itália, Alemanha e EUA**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 284.

simplesmente o caso particular, ainda que a importância do incidente possa deixar à sombra o alcance do principal.²⁶⁶

Somente com a Emenda Constitucional nº 16/1965, houve a adoção do controle concentrado de constitucionalidade de leis, sem olvidar, entretanto, o antecedente referente à intervenção federal previsto na Constituição de 1934²⁶⁷.

4.3 Os Justices entre Direito e Política

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América é composta por nove magistrados, conhecidos como *Justices*, sob a presidência de um juiz, chamado *Chief of Justice* ou apenas *Chief Justice*. Os outros oito magistrados são chamados *Associate Justices*. Ambos são indicados pelo Presidente da República e aprovado pela maioria simples do Senado. A função de *Justice* é vitalícia, integral, ou seja, em dedicação exclusiva, salvo o exercício do magistério. Até esse ponto, não se difere muito do modelo brasileiro (com exceção da quantidade de julgadores – atualmente, no Supremo Tribunal Federal, são onze ministros), que, inclusive, foi inspirado pelo modelo norte-americano insculpido na Constituição de 1787. Contudo, a figura do *Chief of Justice* é bem peculiar, diferente do equivalente brasileiro (isto é, o presidente do Supremo Tribunal Federal).

4.3.1 O *Chief of Justice*

No Brasil, a escolha do presidente e do vice-presidente do Supremo Tribunal Federal é considerada um assunto interno da Corte, decidida, por eleição, entre os membros do tribunal, para mandato de dois anos, vedada reeleição para o período subsequente, conforme rezam o art. 2º, par. único, e art. 12º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A prática consagrou o rodízio entre os membros do tribunal, de acordo com a ordem de antiguidade na Corte, com uma eleição meramente protocolar. Já, nos Estados Unidos, o *Chief of Justice* é um cargo

²⁶⁶ BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. p. 99 - 101. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61656. Acesso em: 23 jan 2016.

²⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, v. 31, n. 121, p. 185, jan./mar. 1994; MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 32, n. 126, p. 95, abr./jun. 1995.

vitalício, indicado diretamente pelo Presidente da República, com a aprovação pelo Senado Federal. A indicação do Presidente pode recair sobre algum juiz que já desempenha a função de *Associate Justice*, ou pode tratar de alguém de fora do tribunal ²⁶⁸.

Essa arquitetura institucional que permite a interferência dos Poderes Executivo e Legislativo na direção dos trabalhos do Poder Judiciário enseja inúmeras críticas ancoradas, principalmente, no princípio da separação de poderes e na garantia da independência do Judiciário. Ademais, a ausência de discussões sérias tendentes a aperfeiçoar esse modelo de nomeação não se justifica, porque, primeiramente, o método de escolha do Presidente da Suprema Corte não está expresso na Constituição do país, já que a única referência ao cargo de *Chief of Justice* feita pela Carta Magna consiste na previsão de que o *Chief of Justice* presidirá o Senado quando houver o julgamento do *impeachment* do Presidente da República; além disso, esse modelo não é reproduzido na vasta maioria dos Estados da federação: tão somente cinco Estados conferem ao chefe do Poder Executivo a indicação do presidente do Poder Judiciário local, com o devido consentimento do Poder Legislativo. Em torno de vinte e um Estados, os integrantes da Suprema Corte local decidem, entre eles, quem será o chefe do Judiciário estadual. Em sete Estados, por outro lado, há eleições gerais para a escolha do *Chief Justice* estadual ²⁶⁹.

Provavelmente, o método de escolha do Presidente da Suprema Corte seja resquício da influência inglesa na prática constitucional estadunidense, já que, na antiga metrópole, cabia ao Rei a nomeação dos principais cargos do Judiciário britânico. Entretanto, com a consagração da separação de poderes na América, e levando-se em conta as peculiaridades de cada Poder do Estado, não deixa de ser inconveniente que os integrantes do tribunal supremo não possam identificar entre eles aquele magistrado detentor das melhores habilidades, capacidade técnica,

²⁶⁸ Há casos interessantes, como o do atual *Chief Justice* John Glover Roberts Jr. Inicialmente, ele foi indicado pelo presidente George W. Bush, em 2005, para o cargo de *Associate Justice*, em decorrência da aposentadoria da *Justice* Sandra Day O'Connor. No entanto, antes da apreciação pelo Senado, o então *Chief Justice* William H. Rehnquist vem a falecer. De imediato, George W. Bush revoga a indicação de John Roberts Jr. para o cargo de *Associate Justice* e a faz para o cargo de *Chief of Justice*. O próprio William Rehnquist era *Associate Justice* antes da indicação ao cargo de *Chief of Justice* pelo presidente Ronald Reagan.

²⁶⁹ PETTYS, Todd E.. Choosing a Chief Justice: presidential prerogative or a job for the Court? **Journal of Law & Politics**. Vol. XXII (2006): 231 – 281; Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958829>. Acesso em: 23 jan 2016.

traquejo político e prestígio perante os demais colegas para o desempenho da função de chefe do Poder Judiciário. Ademais, soa contraditório e incoerente a possibilidade de um *Associate Justice* ser indicado ao cargo de *Chief Justice* e, assim, ter que se submeter à nova sabatina e escrutínio pelo Senado, o que pode acarretar graves prejuízos à independência da função judicante ²⁷⁰.

Indubitavelmente, o Presidente da Suprema Corte detém mais poderes que os outros ministros, em vista das prerrogativas exclusivas do seu cargo. É o chefe do Poder Judiciário da União, preside o *Judicial Conference of the United States*, órgão responsável pela elaboração da política nacional do Poder Judiciário federal e pelo controle do Departamento Administrativo da Justiça dos Estados Unidos (*Administrative Office of the United States Courts*), responsável pela gestão e administração do sistema judiciário federal, isto é, pela implementação das políticas definidas pelo *Judicial Conference*. Além disso, podem-se assinalar outros poderes conferidos ao *Chief of Justice*, denominados “poderes procedimentais” (*procedural powers*), consistentes na prerrogativa de apontar o *Justice* que irá redigir o acórdão do julgamento (o voto majoritário), caso o Presidente integre a corrente majoritária (*opinion assignment*); e no poder de dirigir a pauta do tribunal, ao selecionar os casos que serão julgados em determinada reunião, com base em suas preferências, não raramente moldando a pauta, de acordo com as circunstâncias e a relevância do caso, a fim de influenciar nos votos dos *Justices* e, pois, no resultado final do processo ²⁷¹. Em virtude da proeminência do *Chief Justice* na condução dos trabalhos da Suprema Corte, a história do tribunal é segmentada em Eras, em regra, com base na atuação do *Chief of Justice* da época, já que cada Era apresenta suas peculiaridades e concentra suas atividades em áreas específicas do Direito e da Política, a depender, sobretudo, da inclinação política do Presidente da Corte e do momento histórico vivenciado. Assim, a história da Suprema Corte dos Estados Unidos é marcada por diversas Eras, tais como: Era Marshall, Era Taney, Era Taft, Era Lochner, Era New Deal, Era Warren, Era Burger, Era Rehnquist e a atual Era

²⁷⁰ PETTYS, Todd E.. Choosing a Chief Justice: presidential prerogative or a job for the Court? *Journal of Law & Politics*. Vol. XXII (2006): 231 – 281; Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958829>. Acesso em: 23 jan 2016.

²⁷¹ CAMERON, Charles M.; CLARK, Tom. The Chief Justice and procedural power. In: DANIELSKI, David J.; WARD, Artemus (Org.). *The Chief Justice: appointment and influence*. Ann Arbor: University of Michigan Press. (No prelo). Disponível em: < <https://www.princeton.edu/~ccameron/ChiefJusticeProceduralPower.pdf>>. Acesso em: 24 jan 2016.

Roberts. Com exceção da Era Lochner e da Era New Deal, todas as outras se referem ao nome do *Chief Justice* em atividade.

4.3.2 A Escolha dos *Justices*

O Presidente dos Estados Unidos da América nomeia os juízes federais de todo o país. Com a ajuda do Departamento de Justiça, essa atividade é rotineira e, geralmente, delegada aos assessores e auxiliares do Presidente, tendo em vista a quantidade de cargos do Judiciário federal (sem contar os inúmeros cargos na Administração federal) que cabe ao Presidente indicar. No entanto, quando se trata do cargo de juiz da Suprema Corte do país, a postura do Presidente da República é diferente. Cientes da relevância da função de *Justice* e dos impactos que uma decisão da Suprema Corte pode causar no país e na sua própria gestão, os Presidentes têm sido cautelosos e diligentes no processo de escolha dos juízes supremos. Em geral, acompanham o processo de sondagem dos candidatos de perto e delegam essa atividade a assessores de confiança e próximos do mandatário. Um “erro” na indicação presidencial pode custar caro para sua administração e/ou para a materialização das políticas defendidas pelo seu partido. Aliás, historicamente, o que se pode perceber é a tendência de os Presidentes indicarem indivíduos que possam dar continuidade a políticas defendidas por seu espectro político; dito de forma mais clara, um mandatário conservador procura nomear um juiz com perfil mais conservador e um liberal tende a nomear um juiz mais alinhado a causas liberais. Todavia, algumas vezes, a atuação do juiz na Corte não corresponde ao perfil esperado pelo Presidente que o nomeou, o que gera arrependimento da indicação realizada ²⁷².

Os Presidentes da República realizam suas escolhas com base em vários aspectos, de ordem técnica e política. Lawrence Baum ²⁷³ sistematiza essas considerações presidenciais em quatro categorias gerais: critérios “objetivos” de

²⁷² Aqui, cabe recordar o trecho que abre esse capítulo, consistente numa demonstração de frustração de um ex-presidente da República em relação a duas nomeações feitas para a Suprema Corte: “When in 1961, CBS news producer Fred Friendly asked the retired Eisenhower if he had made any great mistakes as president, Eisenhower snapped, ‘Yes, two, and they are both sitting on the Supreme Court’”. Especificamente em relação ao *Chief of Justice* Earl Warren, Dwight Eisenhower afirmou: “The appointment of Warren as chief justice was the biggest damn fool thing I ever did”. CRAY, Ed. **Chief Justice: a biography of Earl Warren**. New York: Simon & Schuster, 1997. p. 337.

²⁷³ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 66 – 75.

competência e ética; preferências por políticas; recompensa a associados políticos e pessoais e a busca de futuro apoio político. Em relação à primeira categoria, a qualidade intelectual e a competência técnica são essenciais para a função de *Justice*. A Suprema Corte é uma instituição de grande prestígio entre os norte-americanos e um dos principais responsáveis por essa deferência à instituição é a qualificação de seus membros, sujeitos dotados de aptidão técnica, de conhecimento e de expertise no Direito. Ademais, em decorrência do interesse público no preenchimento do cargo de juiz da Suprema Corte, a indicação de um indivíduo sem a devida qualificação é rapidamente repudiada pelos diversos grupos de pressão, pelas associações jurídicas, pela mídia, comprometendo, dessarte, a aprovação do nome pelo Senado. Para ser elevado ao cargo de *Justice*, o nomeável deve ter construído uma sólida carreira jurídica ou política, a fim de “justificar” a designação ao cargo. Além da competência técnica e da aptidão intelectual, o comportamento ético dos indicados é imprescindível para a escolha do Presidente. A idoneidade e a retidão dos nomeáveis são imprescindíveis para a aceitação pela sociedade, pelos colegas de Corte e pelo Senado, órgão a quem cabe o “aconselhamento e aprovação”. Qualquer dúvida acerca da conduta do indicado, mesmo que não existam provas contundentes, é munição para sua rejeição pelo Senado, como o ocorrido, por exemplo, com o *Judge* Clement Haynsworth, designado por Richard Nixon e rechaçado pelo Senado, em virtude de acusações de interesses financeiros ²⁷⁴.

Em relação à segunda categoria sistematizada por Baum, a de preferência por políticas, os Presidentes levam em conta, em suas nomeações, a posição política esboçada pelo nomeável. Isso porque os mandatários procuram colocar no

²⁷⁴ “Opposition to Judge Haynsworth's nomination was based on a combination of disagreement with his perceived ideology as reflected in his judicial rulings and concern about his ethical sensitivity. The former issue centered on whether he had been sufficiently active in implementing school desegregation, particularly at a time when the Supreme Court had begun to demand more forward movement on the part of school districts and lower court judges in formulating remedies. The ethics issue had two elements. The first was that Judge Haynsworth was said not to have recused himself from a case in which he appeared to have a financial interest. The other involved his purchase of stock in a company that had been a litigant in a case before him; the purchase was made after the case was decided but before the decision was announced, and Judge Haynsworth attributed his actions to inadvertence. The ethics topic was likely to receive heightened attention at the time because, although the attack on Justice Fortas' nomination as Chief Justice in 1968 primarily resulted from his membership on the liberal Warren Court, his departure from the Court in 1969 was tied directly to perceived ethical failures on his part”. WASBY, Stephen L.; GROSSMAN, Joel B.. *Judge* Clement F. Haynsworth Jr.: new perspective on his nomination to the Supreme Court. **Duke Law Journal**. Vol. 1990: 74 – 80 (1990). p. 77. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3106&context=dlj>>. Acesso em: 25 jan 2016.

tribunal supremo indivíduos que compartilhem o mesmo posicionamento político-ideológico do Presidente, a fim de, inclusive, dar suporte às políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo, como foi o caso de Franklin Delano Roosevelt. Roosevelt apresentou sérias dificuldades em implementar suas políticas de maior dirigismo estatal na vida econômica e social dos Estados Unidos por causa da atuação proativa da Suprema Corte do país em declarar a inconstitucionalidade de leis que objetivavam a intervenção do Estado na economia. Somente entre 1934 a 1936, foram invalidadas doze leis federais (todas relacionadas ao *New Deal* ²⁷⁵, ao intervir nas relações trabalhistas, no setor industrial, no setor agropecuário, no setor energético e na seguridade social), além de várias leis estaduais que destinavam à intervenção do Estado no domínio econômico e social ²⁷⁶. Nessa época, “transformou-se a Corte em árbitro não só da vida jurídica, mas das próprias diretrizes políticas nacionais, ao dar solução judicial a questões não só morfológica como substancialmente políticas”²⁷⁷. No ápice da tensão entre os Poderes, Roosevelt lança um pacote de proposições legislativas de reforma do Judiciário da União, que, dentre várias medidas anunciadas, previa o aumento da quantidade de juízes na Suprema Corte, de nove para quinze, com a necessidade imediata de nomeação de seis ministros pelo Presidente, com clara intenção de atingir maioria favorável a suas políticas no tribunal supremo. Acuada, a partir de 1937, a Corte mudou seu entendimento em relação às políticas regulatórias do *New Deal*, fruto da virada de posição do *Chief Justice* Charles Evans Hughes e do *Justice* Owen Roberts, situação que foi consagrada na expressão “*the switch in time that saved nine*”, pois colocou por terra os planos de Roosevelt de reformar a Suprema Corte dos Estados Unidos ²⁷⁸.

Em relação à terceira categoria proposta por Baum, a recompensa política e pessoal, os Presidentes tendem a usar sua prerrogativa de nomear juízes para a

²⁷⁵ “FDR's New Deal promised nothing less than a social revolution.”The word 'Deal,' " proclaimed Roosevelt, "implied that the Government itself was going to use affirmative action to bring about its avowed objectives The word 'New' implied that a new order of things designed to benefit the great mass . . . would replace the old order of social privilege”. DEVINS, Neal. Government lawyers and the New Deal. **Columbia Law Review**. Vol. 96: 237 – 267 (1996). p. 242. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=facpubs>. Acesso em: 25 jan 2016.

²⁷⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 116 – 117.

²⁷⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 100.

²⁷⁸ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 42.

Suprema Corte como prêmio a pessoas que o apoiaram politicamente ou a quem o mandatário nutre afinidade pessoal. Não é por outro motivo que muitos ministros do tribunal são ex-políticos, ex-senadores ou ex-governadores de Estado. Earl Warren, por exemplo, foi governador por três mandatos do Estado da Califórnia e colaborou intensamente com a candidatura de Dwight Eisenhower para a Casa Branca. Ao ser eleito Presidente dos Estados Unidos, Eisenhower o recompensou com a indicação para o cargo de *Chief of Justice* ²⁷⁹. Outro exemplo marcante foi o *Justice Abe Fortas*, amigo íntimo e confidente do Presidente Lyndon Johnson. Essa proximidade com o Presidente, conservada após assumir o cargo na Corte, causou desconforto com os demais colegas e críticas da oposição ao governo de Lydon Johnson. Em virtude dessa situação, quando Johnson indicou Fortas ao cargo de *Chief Justice*, houve árdua resistência do Congresso, não só dos republicanos, como também de alguns democratas, tanto pela proximidade com o Presidente, quanto por acusações de recebimento ilegal de recursos financeiros de algumas fundações norte-americanas e pelos posicionamentos liberais esboçados nas suas decisões como *Associate Justice*. Após as reiteradas obstruções dos senadores republicanos, e com a iminência de sua rejeição, Abe Fortas solicitou a Lyndon Johnson que retirasse sua indicação. Posteriormente, com a imagem desgastada perante a opinião pública em decorrência do recebimento ilegal de dinheiro, Fortas renuncia ao cargo de *Justice* ²⁸⁰.

Em relação à quarta categoria mencionada por Baum, a busca de apoio político, a prerrogativa presidencial de nomeação para a Suprema Corte é usada como instrumento para a obtenção de apoio político. A visibilidade proporcionada por um cargo de *Justice* é eficiente para agradar setores políticos da sociedade estadunidense. Por isso, os Presidentes, em suas indicações, procuram afagar setores específicos da sociedade ao nomear, por exemplo, um magistrado negro,

²⁷⁹ "Presidents have used the power of appointment to pay off prior political debts. In 1952 Earl Warren, then the governor of California, saw that his chances for obtaining the Republican presidential nomination were faltering, and so he threw his and his state's support to General Eisenhower rather than Eisenhower's rival, Senator Robert Taft of Ohio. One year later, Eisenhower nominated Governor Warren to replace Chief Justice Fred Vinson". EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A.. Nominating federal judges and justices. In: EDWARDS III, George C.; HOWELL, William G.. **The Oxford handbook of the American presidency**. New York: Oxford University Press Inc., 2009. p. 629.

²⁸⁰ "In 1969 he [Abe Fortas] became the first associate justice to resign under pressure of public criticism and possible impeachment. He had received an annual fee from a foundation controlled by Louis Wolfson, who was being investigated for violation of federal securities laws". GRUBERG, Martin. **Fortas, Abe**. In: SCHULTZ, David. **Encyclopedia of the Supreme Court**. New York: Facts on File Inc., 2005. p. 171.

uma mulher, indivíduo de determinada religião ou alguém vinculado a certa região do país²⁸¹.

Em suma, em virtude da relevância da função de juiz da Suprema Corte e da visibilidade que o cargo proporciona, os Presidentes dos Estados Unidos são cautelosos e diligentes na indicação de nomes para o tribunal, levando em conta inúmeros fatores, desde a competência e a capacidade técnica para o desempenho da atividade de *Justice*, como a tentativa de prolongar os efeitos do seu mandato, ao nomear juízes que compartilhem da mesma visão político-ideológica do mandatário, com o escopo de influenciar nas futuras políticas públicas norte-americanas.

4.4 A Suprema Corte como Protagonista no Sistema Político Norte-Americano

Nos Estados Unidos, muitas decisões políticas importantes foram tomadas pela Suprema Corte. Algumas discussões e deliberações saíram do domínio dos Poderes eleitos pelo cidadão – Legislativo e Executivo – e foram transportadas para

²⁸¹ A Suprema Corte dos Estados Unidos obteve seu primeiro juiz negro com a nomeação de Thurgood Marshall (1967) pelo presidente Lyndon Johnson. Com a aposentadoria de Marshall, George H. W. Bush faz a nomeação de outro negro, Clarence Thomas (1991), para o seu lugar. A primeira mulher juíza da Suprema Corte foi Sandra Day O'Connor (1981) indicada pelo Presidente Ronald Reagan. Posteriormente, Bill Clinton nomeou Ruth Bader Ginsburg (1993) e Barack Obama nomeou Sonia Sotomayor (2009) e Elena Kagan (2010). Inclusive, Sonia Sotomayor é a primeira *Justice* hispânica da história do tribunal. Louis Brandeis (1916) foi o primeiro juiz judeu da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para efeito de comparação, no Brasil, a primeira mulher a ocupar uma vaga no Supremo Tribunal foi Ellen Gracie Northfleet, em 2000, indicada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso; o primeiro judeu foi Luiz Fux, em 2011, pela Presidente Dilma Rousseff. Quanto ao primeiro negro membro da Suprema Corte brasileira, há polêmicas a respeito do pioneirismo de Joaquim Barbosa. Tradicionalmente, aponta-se Joaquim Barbosa como o primeiro negro do Supremo Tribunal Federal, indicado por Luís Inácio Lula da Silva, em 2003. No entanto, Lêda Boechat aponta Pedro Lessa (1907) e Hermenegildo Rodrigues de Barros (1919) como dois negros que ocuparam vagas no STF. Porém, um aspecto deve ser levado em conta: enquanto Barbosa assumia sua condição de negro, sua nomeação foi festejada por grupos defensores dos direitos do negro, e até mesmo, em estudos acadêmicos, Barbosa se dedicava à temática de raça e ações afirmativas; em relação aos outros ministros mencionados, nota-se certa relutância em assumir a cor da pele. Boechat afirmava que Lessa era “mulato claro” e Hermenegildo era “mulato escuro” e deixava claro o deboche dos colegas e a indisfarçada vergonha pela cor de pele desses juristas: “Mulato claro, a noiva, de família ilustre, lhe exigira ser doutor de borla e capelo antes de conceder-lhe a mão. Por mais alta que fosse a sua reputação, maior a sua grandeza, maior a sua estatura, o travo da falta de alvura era um espinho a acicar-lhe permanentemente o azedume. Parece-me difícil entendê-lo sem levar em conta tal motivo, mesmo inconsciente.” (grifo nosso) RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Volume III – doutrina brasileira do *Habeas-Corpus* (1910-1926). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 124; “Por ‘intervenção amiga’, não foi publicado, na época, o artigo nº VI de Epitácio [Pessoa, ex-ministro do STF e ex-presidente da República], em que Pedro Lessa aparece descrito como ‘um **pardavasco** alto e corpanzudo, pernóstico e gabola, ex-professor da Faculdade de São Paulo, que fala grosso para **disfarçar a ignorância** com o mesmo desastrado artil com que **raspa a cabeça para dissimular a carapinha**.’” (grifo nosso) RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Volume II – defesa do federalismo (1899-1910). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. p. 113.

o tribunal supremo. O avanço dos direitos civis, a consolidação de políticas afirmativas, a regulamentação ou desregulamentação da economia são exemplos de políticas em que a Suprema Corte se manifestou em algum momento de sua história. Recentemente, por exemplo, uma decisão da Corte repercutiu fortemente não só na sociedade estadunidense, já que o efeito simbólico da deliberação atingiu vários países do mundo, ao comprovar, dessarte, o interesse pelas atividades desenvolvidas pelo órgão de cúpula do Judiciário norte-americano, não só por seus jurisdicionados, como por parcela significativa da opinião pública mundial. Foi o caso de *Obergefell v. Hodges* (2015), momento em que o tribunal considerou inconstitucionais as leis que proibiam ou dificultavam o casamento/união entre pessoas do mesmo sexo em vários Estados, com base na igualdade de dignidade perante o Direito (“*equal dignity in the eyes of the law*”), albergada na décima quarta emenda à Constituição de 1787²⁸².

Assim, não há como negar que a Suprema Corte é um ator político importante nos Estados Unidos, cuja influência remonta ao século XIX. Diferentemente das discussões travadas no Brasil e nos países da Europa Ocidental sobre a expansão do Poder Judiciário e o agigantamento das Cortes Constitucionais após a Segunda Guerra Mundial, o que incluem os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial²⁸³, nos Estados Unidos, a judicialização de questões

²⁸² “No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right. The judgment of the Court of Appeals for the Sixth Circuit is reversed. *It is so ordered.*” SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. N. 14 – 556. Argued April 28, 2015 - Decided June 26, 2015, p. 28. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf >. Acesso em: 28 jan 2016.

²⁸³ Sem qualquer compromisso com o esgotamento da temática e ciente da pluralidade de autores e de abordagens sobre o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, no Brasil e no mundo, citam-se algumas referências: TEIXEIRA, Anderson V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, 8 (1), p. 37 – 58, jan./ jun. 2012; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240: 1 – 42, abr./ jun. 2005; BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71 – 91, jan./mar. 2009; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999; RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010; TASSINARI, Clarissa.

políticas relevantes é mais antigo, visto que a atuação política da Suprema Corte remonta ao século XIX. Inicialmente, como referido acima, houve a assunção pelo tribunal da competência para declarar inconstitucional lei ou ato normativo que violasse dispositivos constitucionais, numa clara demarcação de poder frente aos outros poderes, no caso *Marbury v. Madison*. Em 1857, outro caso reflete a atividade da Corte em assuntos políticos controvertidos: *Dred Scott v. Sanford*, correspondente à desastrosa intervenção do tribunal supremo num dos assuntos mais polêmicos da Federação norte-americana: a escravidão. Considerada a pior decisão da história da Suprema Corte dos Estados Unidos (“*el más infamante de la historia constitucional de los Estados Unidos*”²⁸⁴), ao invés de assegurar a União dos Estados e tentar uma solução pacífica para o conflito, a Corte agravou o conturbado momento político da época, que desembocou na Guerra Civil americana (1861 - 1865). O tribunal forneceu argumentos jurídicos aos defensores da escravidão, ao decidir que mesmo os negros em liberdade não têm cidadania estadunidense, e, como conseqüência, não poderiam pleitear direitos no Judiciário do país. Ademais, com o escopo de frear a ânsia do Congresso dos Estados Unidos em restringir a escravidão nos territórios recém incorporados ao país, o tribunal assentou que o Poder Legislativo federal não poderia intervir na competência dos Estados em disciplinar o instituto da escravidão²⁸⁵.

O caso *Dred Scott v. Sanford* foi um exemplo da atuação política do tribunal supremo, ainda no século XIX, que teve grande repercussão e concorreu para o início da Guerra de Secessão. Decisão lamentável, mas que, de certa forma, foi compensada pela Corte ao julgar o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954). Nessa oportunidade, a Suprema Corte reviu o posicionamento adotado

Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p. 407 – 440, jul./dez. 2008; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1997; BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, p. 175 – 220, maio/ago. 2013; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. 4(2). São Paulo, jul./dez. 2008; CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPOCS, 20., Caxambu, 1996. **Anais eletrônicos**. São Paulo: ANPOCS, 1996. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 28 jan. 2016.

²⁸⁴ CARBONELL, Miguel. La peor Sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sanford*. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 20, dez. 2007. p. 145. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/259580>>. Acesso em: 28 jan 2016.

²⁸⁵ CARBONELL, Miguel. La peor Sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sanford*. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 20, dez. 2007, p. 152. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/259580>>. Acesso em: 28 jan 2016.

anteriormente no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), ao considerar inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas do país. Dessa forma, caiu por terra a doutrina *separate, but equal* (separados, mas iguais), no contexto das lutas pelos direitos civis nas décadas de 50 e 60 nos Estados Unidos ²⁸⁶.

Ademais, outra manifestação da Suprema Corte como personagem político importante foi protagonizado na denominada Era Lochner (1897 - 1937). Nesse período, a Suprema Corte se notabilizou por declarar a inconstitucionalidade de inúmeras leis federais e estaduais que pregavam o incremento da intervenção do Estado no domínio econômico e social. O caso emblemático foi *Lochner v. New York* (1905) quando o tribunal considerou inconstitucional a lei do Estado de Nova Iorque que limitava em dez horas por dias ou sessenta horas semanais o trabalho dos padeiros, porquanto violava a liberdade contratual entre empregador e empregados e a cláusula do devido processo legal, esta albergada na décima quarta emenda à Constituição. Percebe-se, portanto, a nítida intenção da Suprema Corte em adentrar em questões políticas fundamentais, inclusive, ao confrontar as posições políticas emanadas do Legislativo e do Executivo e concorrer na agenda política nacional.

Contudo, a atuação política da Suprema Corte dá-se por intermédio da interpretação dos dispositivos constitucionais, visto que as questões políticas chegam ao tribunal como questões jurídicas. E, diferentemente dos países que adotam o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo, nos Estados Unidos, as questões jurídicas são enfrentadas em casos concretos, como pano de fundo de uma situação fática apresentada ao tribunal. Dessa forma, “em

²⁸⁶ Ainda sobre o caso *Brown v. Board of Education*, em virtude de a Suprema Corte ter imposto uma nova política pública aos Estados da Federação e ciente das dificuldades enfrentadas pela burocracia estatal na implementação imediata dessas políticas, houve a adoção de uma nova modalidade de adjudicação pelo tribunal, compatível com os desafios requeridos para concretizar a decisão no caso concreto, consistente no uso de medidas estruturantes (*structural reform*): “Nessa decisão, a Suprema Corte norte-americana, à vista da resistência de muitos Estados em atender o novo marco estabelecido pela primeira decisão, decidiu que a implementação da ordem de não segregação de crianças negras em escolas deveria fazer-se pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais. Em outras palavras, a ordem da Suprema Corte, considerando as dificuldades em satisfazer de pronto o direito postulado e a variedade dos problemas enfrentados pelas escolas locais, autorizou a criação de planos (cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local) que tendessem à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas. Esses planos demandariam tempo e precisariam conformar-se às peculiaridades de cada lugar. Assim, conseguiu-se decisão mais aderente à realidade de cada lugar e praticamente factível”. ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 394 - 395, nov. 2013.; JOBIM, Marco Félix. **As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre, 2012.

certo sentido, então, todas as decisões da Corte têm três níveis: um julgamento a respeito da disputa específica que lhe é levada, uma interpretação das questões jurídicas envolvidas naquela disputa e uma posição a respeito das questões de política ligadas às questões jurídicas”²⁸⁷.

4.5 A Suprema Corte na Elaboração de Políticas Nacionais

Na esteira da perspectiva adotada nesse trabalho, uma importante contribuição para a ciência política e para o Direito estadunidenses foi a dada por Robert Dahl, em 1957²⁸⁸. Seu artigo, no qual sustenta o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos como instituição formuladora de políticas públicas nacionais, foi constantemente lido e discutido, e ainda hoje é reiteradamente citado e estudado em seu país de origem²⁸⁹. Gerald Rosenberg aponta três motivos para a enorme repercussão do trabalho de Dahl: primeiramente, o artigo enfatiza a fundamental importância do estudo da Suprema Corte norte-americana, mais especificamente a análise do papel desempenhado por esse tribunal na conjuntura política do país, se este efetivamente corresponde ao que a doutrina jurídica considera as atribuições

²⁸⁷ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 14.

²⁸⁸ DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national Policy-Maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279 – 295, 1957. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf> . Acesso em: 29 jan 2016. Há uma versão em português do artigo de Robert Dahl: DAHL, Robert A.. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. Tradução Grupo Primacy Translations. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 252, p. 25 – 43, set./dez. 2009.

²⁸⁹ “If the mark of a seminal study is the quantity and quality of the progeny it spawns, then Robert A. Dahl's *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, scores a bull's eye. From its publication, the Dahl Article has been cited by both social science journals and law reviews every year to date. Even more important is the high quality and diversity of scholarship building on Professor Dahl's study, from research assessing the relationship between public opinion and the U.S. Supreme Court, to the role the Justices play in facilitating partisan realignments, to the Court's capacity to generate social change. No one essay could consider the debt scholars writing in these and other areas owe to *Decision-Making in a Democracy*. ” EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D.. The Supreme Court as a *strategic* national policymaker. **Emory Law Journal**, V. 50, 583 – 584 (2001); “Despite the overwhelming number of law review articles, Dahl's *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker* has been continually read and cited, and at an increasing rate. Over the course of its life, it has been cited hundreds of times. For example, in the 1960s, it was cited at least twenty-eight times, or approximately 2.8 times per year. In the next decade, the number of citations increased to at least forty-eight, increasing the rate to 4.8 citations per year. In the 1980s, the Article was cited sixty-two times, or 6.2 per year. And in the 1990s, four decades after its initial publication, it was cited at least 125 times in scholarly articles, or approximately 12.5 times per year. That trend held for the year 2000, in which there were at least thirteen citations to it. In 1976, nineteen years after its publication, it inspired a critical essay in the *American Political Science Review*.” ROSENBERG, Gerald. The road taken: Robert A. Dahl's decision – making a democracy: the Supreme Court as national policy-maker. **Emory Law Journal**, V. 50, 613 - 614 (2001).

dessa Corte; segundo, o artigo está bem elaborado e bem escrito, com uma metodologia clara e com objetivos explícitos; por último, Dahl foi um precursor nessa área de pesquisa, pois apontou caminhos/diretrizes para o desenvolvimento de futuras pesquisas, a influenciar as próximas gerações de juristas e cientistas políticos ²⁹⁰.

Robert Dahl afirma que é uma leviandade considerar a Suprema Corte dos Estados Unidos como um órgão meramente jurídico, tendo em vista a sua relevância no cenário político nacional. Apesar da tentativa de alguns juristas e cientistas políticas em asseverar que o tribunal supremo não é uma instituição política, como os Poderes Legislativo e Executivo, não há como negar que, historicamente, a Corte tem tomado decisões polêmicas de cunho político, isto é, apontado soluções para matérias em que há graves desacordos entre os membros da sociedade. Para o professor de Yale, decisões sobre políticas correspondem àquelas em que há necessidade de efetuar escolhas entre alternativas, num ambiente de incertezas ²⁹¹. Para o enfrentamento desse desafio, o tribunal, devido à sua estrutura de órgão judiciário, deve utilizar-se da Constituição, dos precedentes e das leis. Só que os graves desacordos sociais citados acima atingem também a interpretação do Direito, ainda mais num foro como a Suprema Corte, cuja função precípua é interpretar e defender a Constituição do país, documento jurídico que utiliza sobremaneira expressões vagas, genéricas e ambíguas ²⁹².

Nesse ponto, reside a dificuldade em legitimar a atuação política da Suprema Corte na vigência de um regime democrático, porquanto sua aceitação democrática está alicerçada na concepção de que é um órgão estritamente jurídico, e, dessa forma, não efetiva juízos políticos ao apreciar um caso. No entanto, essa

²⁹⁰ ROSENBERG, Gerald. The road taken: Robert A. Dahl's decision – making a democracy: the Supreme Court as national policy-maker. **Emory Law Journal**, V. 50, 613 - 630 (2001). p. 615.

²⁹¹ DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279, 1957. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>. Acesso em: 29 jan 2016.

²⁹² Maria Eugenia Bunchaft traz o debate acerca do papel da jurisdição constitucional, numa sociedade democrática, nas matérias em que haja razoáveis desacordos sociais. Para isso, utiliza duas concepções antagônicas: o minimalismo judicial propagado por Cass Sunstein e o constitucionalismo democrático defendido por Robert Post e Reva Siegel. Com base nessas duas teorias, Bunchaft analisa qual deveria ser o posicionamento da jurisdição constitucional em assuntos socialmente controvertidos, sobretudo, com foco nos direitos dos grupos minoritários estigmatizados. Para maior aprofundamento: BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 38, p. 154 – 180, jan./jun. 2011; BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014.

concepção não passa de uma ficção, já que, em vários julgados, a Corte efetivamente realiza escolhas entre alternativas políticas, em questões controvertidas, ao agir, sem dúvida alguma, como uma instituição elaboradora de políticas públicas nacionais ²⁹³. Numa tentativa de conferir legitimação à atuação da alta Corte norte-americana, afirma-se que o tribunal supremo exerce uma função contramajoritária ²⁹⁴, isto é, uma proteção das minorias contra os abusos da maioria. Contudo, há dois problemas que permeiam essa função dos tribunais: primeiramente, a mitigação dos princípios da soberania popular e da igualdade política, sustentáculos de um regime democrático; ademais, há dificuldade em comprovar se a Suprema Corte contraria ou não as preferências da maioria, isto é, não existe um método adequado para aferir o grau de concordância do tribunal com as maiorias ou minorias eventuais. Sem olvidar, outrossim, que os membros da Corte são escolhidos pelos “Poderes majoritários”, isto é, Presidente da República e Senado, e, conforme visto nesse capítulo, os Presidentes tendem a nomear pessoas que apresentem o mesmo posicionamento político do seu grupo partidário, assim como o Senado tende a rejeitar um indivíduo que apresente posições em total desacordo com as opções políticas da maioria desse órgão legislativo. Logo, mesmo que haja uma atuação contramajoritária da Corte em determinado momento histórico, cedo ou tarde, haverá a substituição dos membros do tribunal por pessoas que perfilhem entendimentos condizentes com os dos órgãos majoritários, como foi o exemplo a transição da Era Lochner para a Era Pós-1937 (ou Era *New Deal*) ²⁹⁵. Por causa disso, em políticas de grande impacto social, quando houver uma maioria forte no Congresso e no Executivo, dificilmente a Suprema Corte terá êxito em sua atuação contramajoritária. Em suma, Robert Dahl conclui que a Suprema Corte é um membro essencial na composição da aliança política nacional dominante, cuja

²⁹³ DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 280 – 281, 1957. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf> . Acesso em: 29 jan 2016.

²⁹⁴ Em relação à função contramajoritária dos tribunais, quem primeiro abordou essa problemática no Direito Constitucional dos Estados Unidos foi o jurista Alexander Bickel (1962), ao falar em “*countermajoritarian difficulty*”. BICKEL, Alexander M.. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

²⁹⁵ “The fact is, then, that the policy views dominant on the Court are never for long out of line with the policy views dominant among the lawmaking majorities of the United States. Consequently it would be most unrealistic to suppose that the Court would, for more than a few years at most, stand against any major alternatives sought by a lawmaking majority”. DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 285, 1957. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf> . Acesso em: 29 jan 2016.

função principal é apoiar e legitimar as escolhas políticas da aliança dominante, ao utilizar sua prerrogativa de dar última palavra na interpretação da Constituição, ao invés de agir contra a corrente majoritária.

It follows that within the somewhat narrow limits set by the basic policy goals of the dominant alliance, the Court can make national policy. Its discretion, then, is not unlike that of a powerful committee chairman in Congress who cannot, generally speaking, nullify the basic policies substantially agreed on by the rest of the dominant leadership, but who can, within these limits, often determine important questions of timing, effectiveness, and subordinate policy. Thus the Court is least effective against a current lawmaking majority – and evidently least inclined to act. It is most effective when it sets the bounds of policy for officials, agencies, state governments or even regions, a task that has come to occupy a very large part of the Court's business ²⁹⁶.

Dessarte, a Suprema Corte dos Estados Unidos é uma instituição formuladora de políticas públicas nacionais, cuja atuação não é independente dos órgãos políticos ditos majoritários; por outro lado, sua atuação é circunscrita pelos outros Poderes, delimitada pelo consenso político nacional. Além do mais, o tribunal supremo tem a importante atribuição de zelar pela observância dos procedimentos decisórios imprescindíveis à configuração e à preservação de uma sociedade democrática, ou melhor, a Corte deve assegurar as condições para que o ideal democrático possa prevalecer nas decisões coletivas ²⁹⁷.

²⁹⁶ DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 293 – 294, 1957. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf> . Acesso em: 29 jan 2016.

²⁹⁷ DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279 – 295, 1957. p. 294 - 295. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf> . Acesso em: 29 jan 2016.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Suprema Corte dos Estados Unidos não é uma instituição meramente jurídica, afastada das pressões político-partidárias e presa a tecnicismos jurídicos. Antes disso, é uma instituição fundamental na estabilidade política de um país que surgiu da União de treze ex-colônias inglesas, autônomas e soberanas, que resolveram constituir uma Federação, composta de uma estrutura central, com competências taxativamente previstas na Constituição do país, em harmonia com estruturas autônomas descentralizadas, numa arquitetura política não imune a rupturas e abalos estruturais, como ocorreu durante a guerra de secessão norte-americana.

O Direito estadunidense, apesar de ter como base o Direito inglês, em decorrência das particularidades presentes na América, sofreu inúmeras influências, a ponto de configurar um *common law* diferente do modelo inglês. Situado em um Estado Federal de dimensões continentais, o Direito dos Estados Unidos está ancorado em um documento jurídico escrito, a Constituição de 1787, fonte de validade de todo o Direito federal. A sua interpretação foi conferida a uma Suprema Corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário federal, responsável por dar a última palavra e fazer valer os comandos constitucionais. Assim, em meio à paulatina afirmação de suas prerrogativas, a Corte outorgou-se a competência para declarar a invalidade de atos normativos que contrariassem dispositivos constitucionais. Sem dúvida, essa foi a primeira manifestação política da Corte, porquanto assegurava a sua influência no processo político norte-americano, além de responder a questões políticas específicas da época. Posteriormente, em diversos assuntos relevantes do debate político do país, a Suprema Corte foi chamada a participar, e, não raras vezes, moldou as políticas públicas nacionais de acordo com a orientação predominante no tribunal.

Em virtude disso, desde o momento da indicação de juízes à Corte, passando por todo o processo de nomeação, nota-se intenso grau de politização, consubstanciado na preocupação dos atores políticos em relação ao futuro desempenho das atividades do novo *Justice*. Como a Corte exerce papel fundamental na formulação das políticas públicas nacionais, os Presidentes da República procuram deixar a sua marca no tribunal, ao indicar juristas com perfil ideológico próximo ao do presidente, num cargo estratégico vitalício, a fim de protrair

os efeitos do seu mandato no tempo. Com essas características, não se pode deixar de reconhecer a Suprema Corte dos Estados Unidos como importante instituição política norte-americana, verdadeiramente, um dos três Poderes do Estado, cujas escolhas repercutem significativamente na vida do país.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers**: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALGERO, Mary Garvey. The sources of Law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a civil Law state in a common Law nation. **Louisiana Law Review**. V. 65, N. 2, pp. 776 - 822, 2005.
- ANDERSON, Helen A.. Frenemies of the Court: the many faces of amicus curiae. **University of Richmond Law Review**. V. 49, 2014, pp. 361 – 416.
- ANGELL, Ernest. The amicus curiae American development of English institutions. **The International and Comparative Law Quarterly**, V. 16, n. 4, 1967, pp. 1017-1044.
- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 38, n. 225, pp. 389 – 410, Nov. 2013.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation**: theory, strategy and practice. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012.
- BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a justiça federal**. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&o_obra=61656>.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, pp. 71 – 91, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, abr./jun. 2005.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BERMAN, Harold J.. O fundamento histórico do Direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do Direito americano**. Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

BERMAN, Harold J.. Origens filosóficas do Direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do Direito americano**. Tradução de Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

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

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 3, ago./out. 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, pp. 175 – 220, maio/ago. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. Constituição e sociedade: o outro lado de Marbury v. Madison. **Jota Informações Jurídicas**, [S.l.], 06 abr. 2015. p. 1-5. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-o-outro-lado-de-marbury-v-madison>> e <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-outro-lado-de-marbury-v-madison>> .

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 38, pp. 154 – 180, jan./jun. 2011.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, V. 19, n. 1, jan./abr. 2014.

CAMERON, Charles M; CLARK, Tom. The chief justice and procedural power. In: DANIELSKI, David J.; WARD, Artemus (Org.). **The Chief justice: appointment and influence**. Ann Arbor: University of Michigan Press. (No prelo). Disponível em: <<http://www.princeton.edu/~ccameron/ChiefJusticeProceduralPower.pdf>>.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARBONELL, Miguel. La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sanford*. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 20, dez. 2007. p. 145. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/259580>>.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

CARRIÓ, Genaro R.. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPOCS, 20., Caxambu, 1996. **Anais eletrônicos**. São Paulo: ANPOCS, 1996. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada: Brasil, Itália, Alemanha e EUA**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONTI, José Maurício (Org.). **Federalismo Fiscal**. Barueri: Manole, 2003.

CORWIN, Edward S.. Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review. **Michigan Law Review**. V. 12, n. 7, pp. 538 - 572, May 1914.

COSER, Ivo. **Visconde do Uruguai: centralização e federalismo no Brasil 1823 – 1866**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY. DOC 9798. **Office of the Lord Chancellor in the constitutional system of the United Kingdom**.

Rapporteur: Erik Jurgens. 28 Abril 2003. Disponível em:

<http://coe.archivalware.co.uk/awweb/pdfopener?smd=1&md=1&did=482329>.

COVEY JR., Frank M.. Amicus curiae: friend of the Court. **DePaul Law Review**. V. 09, pp. 30 – 37, 1959.

CRAY, Ed. **Chief Justice: a biography of Earl Warren**. New York: Simon & Schuster, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade de leis. Novel espécie de *judicial review*? **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 5, 2007.

DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, pp. 279 – 295, 1957. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>>. Versão em português: DAHL, Robert A.. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. Tradução Grupo Primacy Translations. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 252, pp. 25 – 43, set./dez. 2009;

DAINOW, Joseph. The civil Law and the common Law: some points of comparison. **The American Journal of Comparative Law**, v. 15, n. 3, pp. 419 – 435, 1966 – 1967. Disponível em: < http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/wks_MA_19672.pdf>.

DANTAS, Ivo. **Novo Direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

DAVID, René. **O Direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEVINS, Neal. Government lawyers and the New Deal. **Columbia Law Review**. V. 96, pp. 237 – 267, 1996. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=facpubs>>/

DICEY, A. V. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Classics, 1915.

DI RUFFÌA, Paolo Biscaretti. **Introducción al Derecho constitucional comparado**.: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A.. Nominating federal judges and Justices. In: EDWARDS III, George C.; HOWELL, William G.. **The Oxford handbook of the American presidency**. New York: Oxford University Press Inc., 2009.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D.. The Supreme Court as a *strategic* national policymaker. **Emory Law Journal**, V. 50, pp. 583 – 611, 2001.

ESTADOS UNIDOS. Departamento de Estado dos Estados Unidos. Escritório de assuntos públicos. **Um esboço da história americana**. Washington, 2012.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429 – 469, 2013.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. **History of the federal Judiciary**: impeachments of federal judges. 2016. Disponível em:
http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/judges_impeachments.html.

FINE, Toni M.. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em:
http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92152/legado_votos_vencidos_freitas.pdf.

FRIEDMAN, Lawrence M.. **Introducción al Derecho norteamericano**. Tradução de Joan Vergé i Grau. Zaragoza: Librería Bosch, 1988.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição: o legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. (Org.). **Filosofia política moderna**. de Hobbes a Marx. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; São Paulo: Departamento de Ciências Políticas - Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006. p. 176 – 177. Disponível em:
< http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf >;

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manoel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004.

GREENHOUSE, Linda. **The U.S. Supreme Court**: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2012.

GRUBERG, Martin. Fortas, Abe. In: SCHULTZ, David. **Encyclopedia of the Supreme Court**. New York: Facts on File Inc., 2005.

HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003;

HUGHES, Graham. Common Law systems. In: MORRISON, Alan B. **Fundamentals of American law**. New York: Oxford University Press, 1996.

JOBIM, Marco Félix. **As Medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre, 2012.

KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, Brasília, DF, 2009 – 2, 2010: 25 – 51.

KEARNEY, Joseph D.; MERRILL, Thomas W.. The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**. V. 148, pp. 742 – 855, 2000. Disponível em: < http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3356&context=penn_la_w_review >.

KOCHEVAR, Steven. Amici curiae in civil Law jurisdictions. **The Yale Law Journal**. V. 122, pp. 1653 – 1669, 2013.

KRISLOW, Samuel. The amicus curiae brief: from friendship to advocacy. **The Yale Law Journal**, V. 72, n. 4, pp. 694-721, 1966.

LARSEN, Allison Orr. The trouble with amicus facts. **Virginia Law Review**. V. 100, 1757 – 1818, 2014.

LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP Editora, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LOWMAN, Michael K.. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? **The American University Law Review**, V. 41, pp. 1243 – 1299, 1992. Disponível em: < <https://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/41/lowman.pdf> >.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito.: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção de Constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, pp. 203-223, 2006.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça (Série “Arquivos do Ministério da Justiça”), 199.;

MCGUIRE, Kevin T. Amici curiae and strategies for gaining access to the Supreme Court. **Political Research Quarterly**, Vol. 47, n. 4, 1994.

MELO, João Ozorio de. Áudio de audiência da Suprema Corte dos EUA mostra como ela funciona. **Consultor Jurídico – ConJur**, São Paulo, 30 de Abril de 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-abr-30/audio-audiencia-suprema-corte-eua-mostra-ela-funciona?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook >;

MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do Direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 32, n. 126, p. 87-102, abr./jun. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 121, pp. 185-188, jan./mar. 1994.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição jurídica da civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MOHAN, S. Chandra. The amicus curiae: friends no more? **Singapore Journal of Legal Studies**. 2010(2): 352 – 377.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 233, pp. 201 – 211, jul./set. 2003.

MORRISON, Alan B.. Courts. In: MORRISON, Alan B.. **Fundamentals of American Law**. New York: Oxford University Press, 1996.

NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. **Methods of judicial selection** – selection of Judges. Disponível em: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=.

NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. **Methods of judicial selection** – removal of Judges. Disponível em: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/removal_of_judges.cfm?state=.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NORTH CAROLINA. United States of America. **Revised Code of North Carolina**, enacted by the General Assembly at the session of 1854. Boston: Little Brown, 1855, p. 565. Disponível em: < <https://archive.org/details/revisedcodeofnor1854nort>>.

NOVA YORK. Estados Unidos da América. **The Third Constitution of New York**. Constitutional Convention. Albany, 1846. Disponível em: < https://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/documents/Publications_1846-NY-Constitution.pdf>.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. **Lua Nova**, São Paulo, v. 78, pp. 223 – 250, 2009.

PEREDA, Cristina F.; BASSETS, Marc. Suprema Corte dos Estados Unidos legaliza o casamento gay. **El País**, Washington, 26 jun. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/26/internacional/1435327649_177772.html>;

PETTYS, Todd E. Choosing a Chief Justice: presidential prerogative or a job for the court? **Journal of Law & Politics**, [S.l.], v. 22, pp. 231- 281, 2006, p. 235. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958829>.

QUEIROZ, Estefania Barboza. A revolução dos direitos humanos e a expansão do *judicial review* nos estados contemporâneos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 42-63, jan./jul. de 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Volume II – Defesa do federalismo (1899-1910). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Volume III – Doutrina brasileira do *Habeas-Corpus* (1910-1926). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROSENBERG, Gerald. The road taken: Robert A. Dahl's decision – making a democracy: the Supreme Court as national policy-maker. **Emory Law Journal**, v. 50, pp. 613 – 630, 2001.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SILVEIRA, Alípio. **Introdução ao Direito e à justiça norte-americanos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1962. Disponível em: <
<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/21y9wc.pdf>>.

SIMPSON, Reagan Wm.; VASALY, Mary R.. **The amicus brief: how to be a good friend of the Court?** 2. ed. Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. Amicus curiae and the role of information at the Supreme Court. **Political Research Quarterly**, V. 50, n. 2, p. 365-386, 1997.

STOLZ, Preble. Disciplining federal judges: is impeachment hopeless. **California Law Review**. v. 57, pp. 659 – 670, 1969.. Disponível em:
<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2762&context=california-law-review>.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 5, out./dez. 2008.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Org.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1997.

TEIXEIRA, Anderson V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8 (1), pp. 37 – 58, jan./ jun. 2012.

TEIXEIRA, Anderson V. **Estado de Nações**: Hobbes e as relações internacionais no século XXI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007.

TEIXEIRA, Anderson V. **Teoria pluriversalista do Direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNITED KINGDOM. Constitutional Reform Act. Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/introduction>>.

UNITED KINGDOM. Human Rights Cct 1998, section 3. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3?view=plain>.

UNITED KINGDOM. The Supreme Court. About the Supreme Court. website official. Disponível em: < <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>>.

UNITED STATES CENSUS BUREAU. Disponível em: < <http://quickfacts.census.gov/qfd/states/44000.html>>.

UNITED STATES OF AMERICA. Administrative Office of the U.S. Courts. **Court role and structure**. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/file/document/us-federal-courts-circuit-map>.

UNITED STATES OF AMERICA. Administrative Office of the U.S. Courts.

Understanding the federal Courts. Disponível em: <
<http://www.uscourts.gov/file/understanding-federal-courtspdf>>.

UNITED STATES. Senate. **The nine capitals of the United States.** Disponível em:
<http://www.senate.gov/reference/reference_item/Nine_Capitals_of_the_United_States.htm>.

UNITED STATES. Supreme Court. **Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. N. 14 – 556. Argued April 28, 2015 - Decided June 26, 2015, p. 28. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf >.

UNITED STATES. Supreme Court. **Rules of the Supreme Court of the United States.** Adotado em 19 de Abril de 2013, vigente a partir de 1 de Julho de 2013. Disponível em: < <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf> >.

UNITED STATES. The Administrative Office of the U.S. Courts. **Supreme Court procedures.** Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>.

VAN CAENEGEM, R. C. **Juízes, legisladores e professores.** Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4 (2), pp. 407 – 440, jul./dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

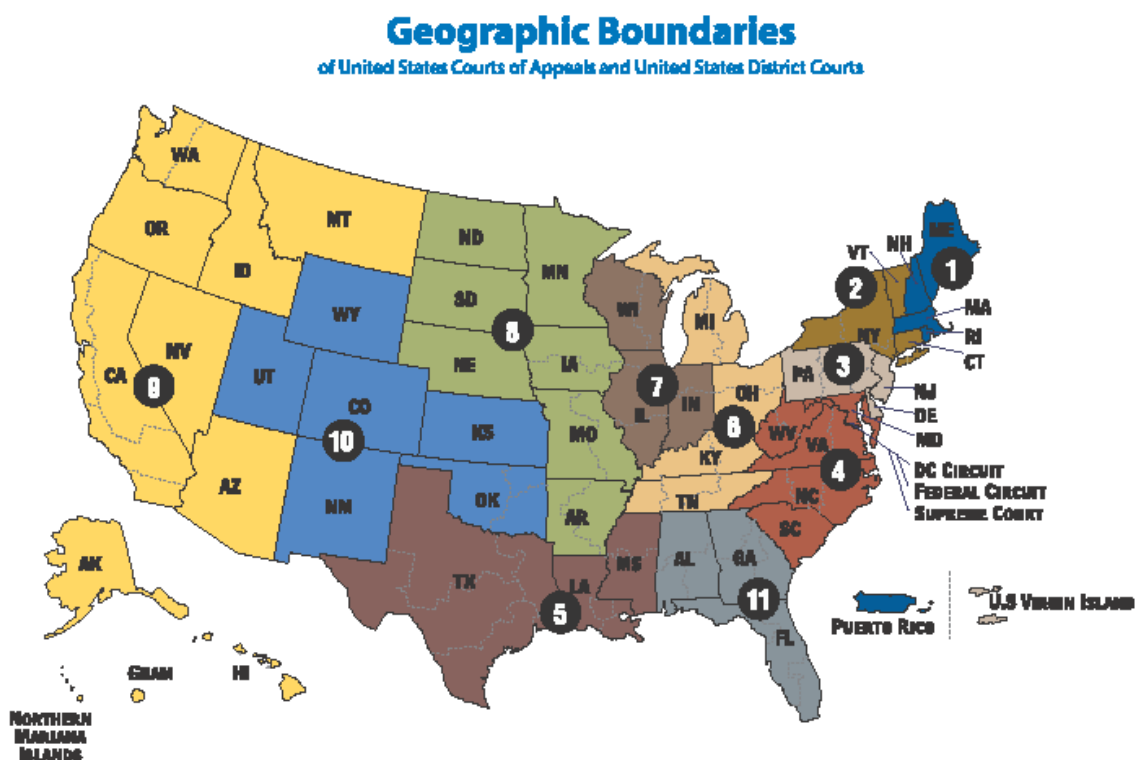
VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito:** o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 204 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV.** São Paulo, v. 4(2), jul./dez. 2008.

WALKER, Christopher J. Inside agency statutory interpretation. **Stanford Law Review.** V. 67, pp. 999 – 1078, 2015.

WASBY, Stephen L.; GROSSMAN, Joel B.. Judge Clement F. Haynsworth Jr.: new perspective on his nomination to the Supreme Court. **Duke Law Journal.** V. 1990, pp. 74 – 80, 1990. Disponível em: <
<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3106&context=dj>>.

YINGLING, M. Patrick. Judicial conventions: an examination of the U.S. Supreme Court`s rule of four. **Dublin University Law Journal**. V. 38(2), 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2621066>.

ANEXO A – DIVISÃO DOS CIRCUITOS FEDERAIS NORTE-AMERICANOS

Fonte: UNITED STATES OF AMERICA. Administrative Office of the U.S. Courts. **Court role and structure**. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/file/document/us-federal-courts-circuit-map>. Acesso em: 23 fev 2016.