

SOBRE A HISTÓRIA CONSTITUCIONAL AMERICANA (*)

Nelson Saldanha

Da Universidade Federal de Pernambuco

Como se sabe, o povoamento do território que iria corresponder aos Estados Unidos da América do Norte coube basicamente a ingleses de formação puritana. A criação de **colônias** naquele território, distribuídas segundo condicionamento diversos, foi em geral presidida por um marcado espírito de fixação e ocupação. Os próprios nomes dos estados e das cidades repetiam nomes ingleses e revelaram a intenção de continuar na nova terra a vida inglesa.

Com o tempo, as comunidades prosperaram, adquiriram consciência política e se rebelaram contra a metrópole. Expressaram contra esta as próprias ideias que dela vieram, inclusive em certa ocasião o mote **no taxation without representation**, que tinha sido usado pelos ingleses na luta contra o absolutismo. Sob o ângulo norteamericano, a luta contra a metrópole equivalia à luta contra o poder absoluto que os britânicos tinham desenvolvido em sua própria terra anteriormente. Porisso, como por outras coisas, se pode aceitar que a guerra de independência das colônias unidas tenha sido chamada de "revolução americana" e figure entre as experiências revolucionárias clássicas da burguesia ocidental. Com a experiência emancipadora-revolucionária norteame-

ricana, a burguesia ocidental estendia seu campo de existência para o outro bordo do Atlântico e punha seu conceito de ordem em função de novas situações.

Depois de vitoriosa a guerra de independência, que tinha sido conduzida por um "Congresso Continental" sem maior rigidez de contornos, tornou-se premente ordenar a vida do conjunto, que conjuntamente se libertara. A princípio se pensou e se falou em Confederação; depois se fixou a idéia de constituição, correspondendo a uma estrutura federal.

Os historiadores costumam enfatizar a importância de que se revestiram, para a gênese da mentalidade dominante na formação da constituição norteamericana, certas idéias básicas, como a dos **direitos naturais** e a da **representação política**. Vários são os autores que se podem citar neste sentido, insistindo sobre a presença de uma crença jusnaturalista na origem daquela mentalidade (1). Esta crença vinha desde logo através de Locke, que efetivamente influuiu muito sobre os modelos políticos fundamentais entre os líderes rebeldes. Havia, nas leituras habituais das elites de então, uma linha constante que incluía Cícero, Sidney, Hooker e Locke, e esta linha abrangia a alusão às leis naturais. O próprio sistema físico-filosofico de Newton, tão caro aos intelectuais iluministas do século XVIII, foi transformado em esquema político e modelo de governo racional; e na Inglaterra, desde a virada para o setecentos, os platonistas de Cambridge haviam condicionado uma significativa síntese do puritanismo com o newtonismo.

Por outro lado, a velha e sustentada idéia de uma lei fundamental, justificadora e ao mesmo tempo delimitadora do uso do poder, atuou evidentemente no sentido de se considerar necessário produzir um ordenamento que abrangesse o conjunto das colônias libertadas, e caracterizasse política e juridicamente sua condição interna e externa.

O professor Edward Corwin, em ensaio famoso, em que buscou mostrar que "o núcleo da tradição norteamericana é a crença no governo constitucional" (conforme frase de Rossiter), detectou as raízes profundas desta ideia de constituição naquela linha clássica do pensamento que veio da Idade Média e que carregou implicações anteriores. Para ele, toda a esteira de ideias sobre liberdade e sobre governo, que ocupou os ingleses até à época de Hooker e a de Locke, se acha presente na crença em um caráter "de lei mais alta", que se atribue à constituição dentro da concepção norteamericana (2).

Outro aspecto que se pode encontrar, na origem da mentalidade constitucionalista norteamericana, é certamente o espírito puritano, de resto partilhado com os ingleses ou recebido deles e com eles. O puritanismo, elemento ou variante do **ethos** religioso moderno que tantos historiadores em trabalhos tão conhecidos têm relacionado ao capitalismo e ao Estado moderno, representou uma espécie de radicalismo ou de superlativo, em relação à religiosidade protestante. De qualquer sorte, seu influxo no século XVIII sobre o comportamento dos líderes políticos correspondeu à necessidade de uma **constituição escrita**, que garantisse uma estrutura estável e equivalesse realmente a uma crença geral (3). Entretanto, a ideia puritana de um pacto religioso logo adquiriu forma secular, e somou-se aos esquemas republicistas vindos das leituras clássicas. Estas leituras tiveram sua importância: Schneder chega a falar das leituras da América pelo direito romano e pela filosofia política grega, com muito Cícero e muito Aristóteles, muito jusnaturalismo e uma teoria tipicamente iluminista da liberdade (4). A leitura do **Federalista**, texto político fundamental para estudo dos debates que acompanharam a fase da discussão da constituição, revela realmente uma certa presença de citações clássicas e de problemas históricos ligados ao que a visão **whig** tinha fixado como trajetória das instituições, inclusive um esquema da história encarada como caminhada para a liberdade (que se achava por exemplo na obra de Ferguson, de 1767, e que seria retomado por Lord Acton no século XIX). O **Federalista**, redigido por Madison,

Hamilton e Jay, é o nome que tomou a edição dos artigos que redigiram sobre a constituição, entre 1787 e 1788 (50).

Neste contexto, porém, nem tudo eram leituras clássicas nem textos medievais. Havia certamente o impulso prático dos grandes proprietários e de seus advogados, como havia já a inclinação utilitarista e pragmática, que fez que aos norte-americanos agradasse o "senso comum" de Tomas Paine e fez o enorme praticismo tecnológico com que os Estados Unidos iriam se caracterizar diante do mundo (6). Com esse enorme praticismo teriam de se conciliar, tanto a tradição provinda dos **framers** da constituição, embora um tanto transformada em mito e retórica, como a austeridade calvinista e puritana, embora às vezes mantida como mera fachada legalista a mero espírito de censura estética. Também na justificação do tratamento dado aos índios, tudo isso iria estar presente.

Mas ao lado das motivações doutrinárias, ou entrelaçados a elas, havia os exemplos políticos e os esquemas que as lideranças adotaram. A ideia de uma constituição, como lei mais alta e como arcabouço geral, vinha do contratualismo e da imagem da "fundamental law" recebida da Europa. Mas houve também outros esquemas.

Laboulaye, em obra clássica, apontou a influência do modelo holandês, confederativo, sobre a ideia de confederação que ocorreu às colônias da América (7). Mas há correlações mais remotas, como a que se pode notar entre as instituições norte-americanas e as antigas experiências hebraicas. Aqui se evidencia novamente o **bias** puritano, que teria atuado durante a fase inicial: a mente puritana teria valorizado como modelo a velha república hebraica, e vários textos se referem a este modelo (8). E havia também a Confederação Suíça, que no século XVIII ainda não completara sua evolução mas já constituía uma figura política bastante conhecida, mencionada e prestigiada.

Geralmente se admite a Constituição dos Estados Unidos promulgada em 1787 como a primeira constituição **escrita** no sentido contemporâneo. Ela incorporou tendências latentes e deu vigência a ideias e conceitos que vinham sendo mantidos ou elaborados desde longa data.

A discussão sobre as características da constituição, ou, se se prefere, sobre sua natureza e seu alcance, ocorreu logo cedo a propósito do conceito de federação. Na verdade, o debate sobre a ascendência do poder **federal** ocorreu várias vezes no século dezanove, mas é provável que um dos momentos em que se mostrou mais dramático foi quando do lançamento da "teoria da nulificação", elaborada no Sul por Calhoun, visando anular em certos estados tarifas impostas pela União. Neste debate, em que se discutiram importantes aspectos da constitucionalidade e inconstitucionalidade de atos federais e estaduais, entrou em jogo o problema de ser a Constituição dos Estados Unidos um "pacto" no sentido do século dezoito. O debate se arrastou até a Guerra de Sucessão, quando Calhoun e alguns de seus continentes voltaram a discutir (9).

A afirmação definitiva da supremacia da União (inclusive em termos políticos e financeiros) correspondeu à acabada apresentação do modelo **federal** do governo como específica obra norte-americana, tão específica quanto a solução presidencialista que desde o início se havia implantado (e que fôra achada, segundo um anotador malicioso, como um modo de manter o rei sem a corôa, sem a vitaliciedade nem a hereditariedade). A problemática da estrutura federal se renovaria, ao fim do século dezanove, no tempo das lutas em torno do intervencionalismo federal e do imposto de renda, quando a oscilação no equilíbrio dos poderes foi tão característica quanto a oscilação na própria forma de julgar da Corte Suprema (10).

Ao curso de todo o processo da revolução e da implantação da ordem federativa, vigorou, ora explícita ora subentendida, uma noção de constituição, que era oriunda da literatura política e das crenças inglesas, e se adaptou às conjunturas vigentes. Pensava-se em pacto, pensava-se num **agrement**, e entretanto queria-se (burguesamente,

iluministicamente) um texto, um documento escrito. Atestam-no os documentos iniciais, como a Carta do Mayflower (1620), a Confederação da Nova Inglaterra (1643) ou mesmo os Artigos-da-Confederação (1781), entre outros.

Conforme ficou visto, o calvinismo, que difusa ou concretamente atuou na formação das mentes, deixou entre outras marcas a estima pelos textos fundamentais — o da Bíblia, como o da Lei. E da lei evangélica à lei jurídica e constitucional o passo não foi difícil. A ideia de **lei escrita** deu base à noção definitivamente ausente de constituição. A incorporação da experiência inglesa, no tocante à relação da constituição com as garantias por exemplo foi praticamente integral; mas era impossível copiar o caráter goticamente “escrito e não-escrito” da constituição britânica (11).

Nas discussões iniciais, pairou uma certa confusão no modo de ver as relações entre o **nacional** e o **federal**, ora entendidos como idênticos (os Estados sendo áreas provinciais ou regionais), ora como contrapostos (os Estados sendo entidades nacionais ou para-nacionais). Prevaleceu a ideia de que a União era uma nação, e de que a soberania era dela, sendo os Estados — embora existindo originariamente — partes em último análise dependentes. De resto, a história mostraria o crescimento dos poderes da União, sem embargo de os “poderes remanescentes” caberem aos Estados. No **Federalista** n.º 39 (de Madison) ainda se encontram traços daquela confusão, pretendendo mostrar que a constituição era, sob certo aspecto, federal, e sob outro aspecto, nacional (12). Este problema pode nos levar a outra questão, o do sentido da palavra “povo” no preâmbulo do texto — a famosa expressão **we the people**, que incorporou e superou a expressão **we the representatives of the United States**, que havia na Declaração de Independência, de 1776. Nos **Debates** da Convenção Federal de 1787 encontra-se várias vezes a ideia de submeter ao povo, diretamente ou através de convenções, a ratificação da constituição.

Apesar, entretanto, de descartada a solução inglesa da constituição “não-escrita”, ou porisso mesmo, a imagem da constituição ficou como a de algo fixo: os autores se referem a ela como a um ponto de referência inalterável, e isso se reforça com o fato de que a constituição ficou sendo a mesma através dos tempos, sempre adaptada às exigências novas pelas emendas e pela “construção” do judiciário. Aliás ambos os processos adaptativos, o das emendas e o da constituição judicial, haviam de ter muita importância durante o século dezenove na aplicação da constituição e na elaboração de um direito constitucional nos Estados Unidos.

Sendo uma constituição federal, a constituição significou o abarcamento de todos os interesses estaduais. E como texto legal, ela inclusive se baseou nas já existentes constituições de alguns estados (Virgínia, Massachusetts, etc.) de inspiração classicamente liberal (13).

E sendo federal, a constituição era duplamente **higherlaw**. Era mais alta por ser a lei organizadora do Estado, sobrepondo-se às leis comuns, e era mais alta por ser da União e do todo, sobre as leis estaduais. Conforme Corwin demonstrou, ela foi pensada desde logo de acordo com o velho modelo das leis fundamentais: como lei mais alta, condicionadora de toda conduta política e expressadora de um consenso geral. Em sua primeira edição, de 1880, o manual básico de Coolidge definia ainda a constituição em termos muito genéricos (sem aludir ao caráter escrito), mas incluindo a alusão à soberania e partindo em seguida para a referência ao contesto norteamericano e à relação com os estados (14). O atributo de supremacia, na carta norteamericana, relacionou-se desde cedo com a problemática do controle da constitucionalidade, bem como, logicamente, com a das emendas, logo surgidas.

(1) — Dedes logo, CHARLES HOWARD MAC ILWAIN, **The American Revolution: a constitutional interpretation** (ed. Great Seal Books, Cornell Univ. Press, reimpressão 1961), cap. III; CARL BECKER, **The Declaration of Independence — a study in the history of political ideas** (a primeira edição foi de 1922; reedições em 1942 e 1972, esta por A.

Knopf, Nova York). Há tradução brasileira: **A Declaração de Independência**, trad. Jacy Monteiro, ed. Ibrasa, São Paulo 1964. **EDWARD CORWIN**, *The "higher Law" background of american Constitutional Law*, ed. Cornell Univ. Press, N. York, 5.ª edição, 1963. Cf. também, de CORWIN, *Libertad y Gobierno*, trad. W. Benedetti, Ed. Bibliográfica Argentina, B. Aires 1958. V. Também o ensaio de CARL J. FRIEDRICH "The roots of american constitutionalism", editado como Introdução à coletânea sua e de R. Mac Clokey, **From the Declaration of Independence to the constitution** (ed. Forum Books, N. York - 1954). E o conhecido ensaio de ROSCDE POUND, **The Development of constitutional Guarantees of Liberty** (Yale, Univ. Press, 4.ª edição, 1963, capítulos 3 e 4.

(2) — E. CORWIN, *The "higher law" background*, citado à nota anterior, e também *Libertad y Gobierno*, passim. Toda essa questão do jusnaturalismo na mentalidade dos "fathers" e de influências arcanas do liberalismo clássico inglês á mais ou menos pacífica entre os historiadores. Entretanto MAC ILWAIN, no penetrante livro supracitado (*The American Revolution*, páginas 159 e segs.) opõe reservas quanto ao papel da teoria da "lei natural fundamental" na gênese das ideias revolucionárias, que segundo ele se devem principalmente a outros fatores. Não nega contudo, a presença da teoria e seu influxo sobre o direito positivo norteamericano. Sobre a marca do jusnaturalismo em geral, e de Hooker em especial ver o ensaio de JOHN MARSHALL, *Richar Hooker and the origins of american constitutionalism*", incluído em *Origins of The Natural Law Tradition*, Dallas, ed. da Southern. Methodst University, 1954.

(3) — JOSEPH GAER e BEN SIEGEL, *The puritan heritage: America's roots in the Bible*, ed. Mentor Book, N. York 1964, prin. cap. III, pags. 95 e segs. Ver também, sobre o assunto, EBEN G. SCOTT, *The development of constitutional liberty in the English Colonies of America*, 3a. edição, N. York-Londres, 1893, sobretudo capítulos I, III e IV; e o estudo de G. SRUNI ROSCIA, *La Ragion Puritana*.

(4) — HERBERT SCHNEIDER, *Historia de la Filosofia Norteamericana* (trad. esp. E. Imaz, FCE, México 1950), capítulo II, pg. 53 e segs. Um dos jusnaturalistas de Massachusetts, John Wise, influenciado por Pufendorf (como outros), se acha amplamente mencionado por HANS WELZEL (*Derecho Natural y Justice Matherial*, trad. F. G. Vicen, ed. Aguilar, Madrid 1957, pag. 202 e seguintes). Sobre o assunto, v. ainda G. BRUNI ROSCIA, citado, e do mesmo autor *La Dottrina del Diritto Naturale in America, Le origini: puritanismo e giusnaturalismo* (ed. Giuppè, Milão 1950). Cf. também o ensaio de GLAUCIO VEIGA, *Da racionalidade de conduta religiosa como conduta política uma interpretação do puritanismo* (tese, Recife, 1959).

(5) — *The Federalist — a commentary on the constitution of the United States*, from the original text of A. Hamilton, John Jay and J. Madison, Modern Library, Nova York. Existem edições francesa (*Le Federalista*, com Introd. de Gaston Jèze e prefácio de A. Esmein, Paris, ed. Gard et Brière, 1902); mexicana (*El Federalista*, trad. e Introd. por G. Velasco, FCE, México 1943) e brasileira (*O Federalista*, trad. R. 2 de Moraes, Editora Nacional de Direito, Rio 1959). Um clássico do romantismo francês, ALEXIS DE TOCQUEVILLE, faria a análise da constituição no capítulo 8 da primeira parte de sua famosa obra sobre o país: *De la Démocratie en Amérique* (13 edição revista e ampliada, Paris, ed. Pagnerre, 1850).

(6) — Sobre os proprietários e advogados na origem da constituição, ver o livro (em seu tempo, 1913, incômodo e polêmico) de CHARLES A. BEARD, *An Economic Interpretation of the United States*, N. York, ed. Mac Millan, reimpressão, 1949. Sobre Paine, ver CARLYLE, *Le Libertad Política*, cit., págs. 232 e seguintes. Seu *Senso Comum* foi editado, com outros escritos, pela Ibrasa, São Paulo, em 1964. Seus *Derechos del Hombre* foram editados pelo FGE, México, em 1944. Sobre o pragmatismo e o utilitarismo, ver SCHNEIDER, op. cit., passim. CS., ainda, o vigoroso livro de R. HOFSTAOTER, *Anti-intelectualismo nos Estados Unidos*, trad. H. Trivisan, ed. Paz e Terra 1967. Sobre o conservadorismo e sua evolução, ver CLINTON ROSSITER, *Conservatism in America*,

ed. Heinemann, Londres 1955, e também RUSSELL KIRK, **La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos**, ed. Rialp, Madrid 1956. Sobre os liberais clássicos, RODOLF ROCKER, **El pensamiento liberal en los Estados Unidos**, ed. Americale, Buenos Aires e.d.

(7) — **Histoire des États-Unis** par EDDUARD LABOULAYE, troisième époque: la constitution des États-Unis. Paris, B. Champentier, 1891, págs. 71 e seguintes. Conferir o tema em HANNIS TAYLOR, **The Origin and Growth of the American Constitution**. An historical treatise. Ed Houghton Mifflin, Boston-Nova York, 1911, página 20.

(8) — Especialmente, OSCAR STRAUS, **Les origines de le forme republicaine du gouvernement dans les États-Unis d'Amérique**, Bruxelas-Paris, 1890, capítulos VI e VII. Consulte-se ainda TAYLOR, **The Origin and Growth**, cit., págs. 20 e 109; bem como GAER e SIEGEL, **The Puritan Heitage**, cit., passim., e G. B. ROSCIA, **Raion Puritana**, citado.

(9) — O principal oponente de Calhoun no plano doutrinário foi Daniel Webster; no plano político, o presidente Andrew Jackson. A respeito, TAYLOR, **The Origin and Growth**, cit., páginas 310 e seguintes; e também VON HOLST, **The Constitutional and political History of the United States**, trad. por J. Labor e A. Meson (ed. Callaghan, Chicago 1899), vol. I, cap. II. Para alguns textos, JOHN CALHOUN, **A Disquisition on Government** (e outros escritos), com Introdução por Cordon Post, ed. Forum Books, N. York 1953.

(10) — Para um bom relato sobre a época, ARTHUR SUTHERLAND, **De la Magna Carta a la Constitucion Norteamericana** (trad. J. Clementi), Tipografica Editora Argentina, B. Aires 1972, capítulo XV e XVI. Para uma visão das crises posteriores, ROGER PINTO, **La Crise de L'Etat aux États-Unis**, Paris LGDJ, 1951. Para um panorama geral, LEDA BOECHAT RODRIGUES, **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**, ed. Forense, Rio 1958.

(11) — Quanto aos fundamentos, certos autores assinalam enfaticamente o modelo ingles. No caso, C. ENIS STEVENS, **Les Sources de la Constitution des États-Unis**, trad. L. Vossion, ed. Guillaumin, Paris 1897, cap. 2, págs. 42, 45, 51.

(12) — **The Federalist**, ed. citada, pp. 246 e seguintes. Sobre o assunto, ver DAVID WATSON, **The Constitution of The United States its history application and construction** (2 volumes), ed. Callaghan, Chicago 1910, vol. I, páginas 93 e seguintes. O problema corresponde ao debate sobre o federalismo, seu alcance e suas técnicas, debate que de certo modo madrugava naquela hora, para todo o Ocidente.

(13) — Para a história destas constituições, cf ALPHONSE GOURD, **Les Chartes coloniales at les constitutions des États-Unis de l'Amérique du Nord** (2 volumes), Paris, Imprimerie Nationale, 1885. Este delicado assunto foi fixado por JAMES BRYCE, em seu clássico e monumental **The American Commonwealth** (nova ed. revista, Mac Millan, N. York 1912), no "appendice" do volume I, em nota ao capítulo IV. Sobre o problema v. ainda STORY **Commentaire su la Constitution Federale des États-Unis** (tra. de P. Odent, tomo I, Paris, ed. Joubert, 1843, livro I, e cap. 4 do Livro III), e muito lucidamente MAX FARRAND, **The Framing of The Constitution of The United States**, Yale Univ. Press, 12a. edição, 1944, cap. XIII, pag. 203. Cf. também WATSON, op cit., pp. 80 e sags.

(14) — THOMAS COOLEY, **The General Principles of Constitutional Law of The United States of America**, Boston, ed. Little, Brown, 1880. Para um rol de definições norteamericanas, v. WATSON. **The Constitution**, cit., pp. 107 e segs.

(*) Capítulo de pesquisa em andamento.