

Horst Dippel

**HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO
MODERNO**

Novas Perspectivas

Tradução de

António Manuel Hespanha

Cristina Nogueira da Silva

6. Os Direitos humanos na América, 1776-1849: redescobrimdo o contributo dos Estados

I. Introdução, ou porquê os Direitos do Homem

Que os indivíduos possuem certos direitos que estão fora do alcance de qualquer poder governamental não foi uma invenção da Revolução americana. A percepção que temos de estar perante uma tradição multissecular da *Common Law*, a qual recua pelo menos até à *Magna Carta*, ajudou a criar uma cultura jurídica que assenta na convicção de que os direitos do indivíduo possuem um fundamento jurídico sólido. O século XVII inglês contri- buiu largamente, com as suas revoluções, para a ideia de que o *Englishman* tinha os seus direitos assegurados, na medida em que eles estavam confirmados em documentos legis- lativos tão apreciados quanto o *Habeas Corpus Act*^{xxxiv} de 1679, o *Bill of Rights* de 1689, ou o *Act of Settlement* de 1701.

A percepção que os americanos tinham da tradição jurídica inglesa, juntamente com a sua interpretação pelos tribunais e juristas ingleses, bem como o discurso europeu

acerca do direito natural, sobretudo o de John Locke, produziu efeitos na Revolução americana, e fez com que os debates acerca das políticas inglesas em relação aos assuntos americanos tivessem rapidamente resultado numa discussão geral sobre as responsabilidades do governo e as suas obrigações para com o indivíduo¹. Gerald Stourzh descreveu habilmente este processo como uma evolução da fundamentação dos direitos humanos para a sua constitucionalização².

Os americanos já tinham começado por aplicar este conjunto de ideias jurídicas e políticas à constitucionalização dos direitos humanos em 1776. Como um número crescente de colonos de todas as condições compreenderam, a

¹ Cf. Timothy H. Breen, *The Lockean Moment. The Language of Rights on the Eve of the American Revolution. An Inaugural Lecture Delivered before the University of Oxford on 15 May 2001*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

² Cf. Gerald Stourzh, "Fundamental Laws and Individual Rights in the 18th Century Constitution", em: *The American Founding. Essays on the Formation of the Constitution*, ed. by J. Jackson Bartow et al., Westport, Conn.: Greenwood Press, 1988, 159-193; Gerald Stourzh, "Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff. Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert" [1977], id., "Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung. Zur Entwicklung in England und den nordamerikanischen Kolonien im 17. Jahrhundert" [1981], id., "Zur Konstitutionalisierung der Individualrechte in der Amerikanischen und Französischen Revolution" [1976], estando os três artigos novamente publicados em: id., *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Vienna and Cologne: Böhlau, 1989, 1-35, 75-89, 155-174.

experiência histórica e política ofereceu aos americanos um dos seus principais argumentos e contribuiu para a criação de uma situação na qual as controvérsias políticas britânicas foram cada vez mais contestadas com base em critérios jurídicos, e não meramente políticos. James Wilson, um dos *founding fathers*, primeiro professor de direito no College de Filadélfia e juiz associado do Supremo Tribunal dos Estados Unidos levou o argumento muito longe: o homem, quando abandonou o estado natureza, desistiu de todos os seus direitos naturais apenas para obter, como fraca recompensa, a segurança garantida por um poder superior? "O Governo", respondeu ele, "deveria constituir-se para assegurar e alargar o exercício dos direitos naturais dos seus membros; e todo o governo, que não tenha isso em vista, como seu principal objectivo, não é um governo legítimo"³. Cerca de dez anos antes, o famoso *Essex Result* xxxv de 1778 tinha expresso ideias muito similiares: quando o homem entra na sociedade não abandona os seus direitos inalienáveis mas somente os seus direitos alienáveis, em nome do bem comum. "Por isso o poder supremo não pode fazer nada que não seja bom para o conjunto; e, quando ultrapassa essa fronteira, é um poder usurpado."⁴

³ James Wilson, "Lectures on Law", em: id., *The Works of James Wilson*, ed. by Robert Green McCloskey, 2 vols., Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1967, II, 592.

⁴ *The Popular Sources of Political Authority. Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*, ed. by Oscar and Mary Handlin, Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1966, 330-331.

Mas que direitos tem o Homem? Contra que poder tinham esses direitos de ser protegidos? Quais são os principais resultados dos primeiros setenta e cinco anos de constitucionalização dos direitos do Homem na América, de 1776 até 1849? E, finalmente, em que é que as Declarações de Direitos americanas diferem da Declaração francesa dos *Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789? Para responder a estas questões serão aqui analisadas todas as Declarações de direitos americanas do período referido, consideradas quer enquanto *corpus* documental unitário, quer na sua evolução histórica ao longo dos tempos⁵.

⁵ Com uma perspectiva alargada sobre as Constituições estaduais, cf. James Quayle Dealey, *Growth of American State Constitutions from 1776 to the End of the Year 1914*, Boston etc.: Ginn, 1915 [repr. New York: Da Capo Press, 1972], 24-55, 124-127, 254-269; Mary Barbara McCarthy, *The Widening Scope of American Constitutions*, Washington, D.C.: Catholic University of America, 1928, 4-5, 31-33; Albert L. Sturm, "The Development of American State Constitutions", em: *Publius. The Journal of Federalism*, 12/1 (1982), 57-98. Sobre o período revolucionário, especificamente: Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787* [1969], New York: Norton, 1972; Willi Paul Adams, *The First American Constitutions. Republican Ideology and the Making of the State Constitutions em the Revolutionary Era*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1980; Donald S. Lutz, *Popular Consent and Popular Control. Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Baton Rouge and London: Louisiana State University Press, 1980; id., *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1988; Marc W. Kruman, *Between Authority & Liberty. State Constitution Making in Revolutionary America*, Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, 1997; Thomas B. McAfee, *Inherent Rights, the Written Constitution, and Popular Sovereignty. The Founders' Understanding*, Westport, Conn. and London: Greenwood Press, 2000. Disponibilizando uma perspectiva sobre a pré-história e a história do *Bill of Rights* federal, cf. Robert Allen Rutland, *The Birth of the Bill of*

II. Que direitos do Homem?

Entre 1776 e 1849 foram oficialmente projectadas setenta e oito Constituições nos Estados Unidos. Desse

Rights, 1776-1791, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1955; John Phillip Reid, *Constitutional History of the American Revolution: The Authority of Rights*, Madison and London: University of Wisconsin Press, 1986; William E. Nelson and Robert C. Palmer, *Liberty and Community: Constitution and Rights in the Early American Republic*, New York: Oceana, 1987; *The Historic Background of the Bill of Rights*, ed. by Paul L. Murphy, New York and London: Garland, 1990; *A Culture of Rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law - 1791 and 1991*, ed. by Michael J. Lacey and Knud Haakonssen, Cambridge: Cambridge University Press, 1991; *The Bill of Rights and the States. The Colonial and Revolutionary Origins of American Liberties*, ed. by Patrick T. Conley and John P. Kaminski, Madison, Wisc.: Madison House, 1992; Donald S. Lutz, "The State Constitutional Pedigree of the U.S. Bill of Rights", em: *Publius. The Journal of Federalism*, 22/2 (1992), 19-45; *The Bill of Rights. Government Proscribed*, ed. by Ronald Hoffman and Peter J. Albert, Charlottesville and London: University Press of Virginia, 1997; Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven and London: Yale University Press, 1998; Leonard W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, New Haven and London: Yale University Press, 1999. Para o período posterior à Guerra Civil os estudos comparativos sobre as declarações de direitos estaduais são praticamente inexistentes, cf. Fletcher M. Green, *Constitutional Development in the South Atlantic States, 1776-1860. A Study in the Evolution of Democracy*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1930; Don E. Fehrenbacher, *Sectional Crisis and Southern Constitutionalism*, Baton Rouge and London: Louisiana State University Press, 1995; Laura J. Scalia, *America's Jeffersonian Experiment. Remaking State Constitutions, 1820-1850*, Dekalb: Northern Illinois University Press, 1999. Para o século XX, cf. os artigos reunidos por Stanley H. Friedelbaum, *Human Rights in the States. New Directions in Constitutional Policymaking*, New York: Greenwood Press, 1988, e por Paul L. Murphy, *The Bill of Rights and the States*, New York and London: Garland, 1990.

conjunto, vinte e uma nunca foram postas em prática⁶. Das cinquenta e sete Constituições adoptadas, 10% não tinham qualquer referência a pelo menos um único direito humano, enquanto que, das restantes cinquenta e uma Constituições, 20% indicaram apenas um número bastante limitado de direitos, tendo sido as últimas Constituições a fazê-lo a de Luisiana, de 1845, e a de Nova Iorque, de 1846. A ausência de uma declaração de direitos podia constituir um motivo para rejeitar a proposta de uma Constituição, como sucedera em Massachusetts em 1778, ou, mais significativo ainda, como se tornou manifesto nos debates sobre a ratificação da Constituição Federal, em

⁶ Quando nada for indicado em contrário, a edição usada é a de Francis Newton Thorpe (ed.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Herebefore Forming the United States of America*, 7 vols., Washington: Government Printing Office, 1909, apesar das suas maiores insuficiências, que também se verificam nas duas outras colecções, de Poore e Swindler, a escassa fiabilidade dos textos publicados, especialmente para os finais do século XVIII e a primeira metade do século XIX, e o seu completo desprezo por todos os projectos oficiais que nunca foram adoptados. Está a ser preparada uma edição de todas as Constituições, declarações de direitos e respectivos projectos oficiais do mundo, com base nos textos autênticos, para o período que vai de 1776 até 1849. Para uma tentativa de superar insuficiências relativas ao período anterior à Guerra Civil, cf. a minha edição crítica de Documentos Constitucionais dos Estados Unidos da América, 1776-1860, 6 vols., Munich: K. G. Saur, 2005 (4 vols., integrando até agora as constituições nacionais e estaduais: Alabama – New Hampshire); os restantes dois volumes serão publicados em 2007/2008. Para o período posterior a 1850, cf. *Constitutions of the World 1850 to the Present/Vergassungen der Welt 1850 bis zur Gegenwart*, edição microfilmada, pt. I: Europe, pt. II: América do Norte e do Sul, ed. por Horst Dippel, Munich: K. G. Saur, 2002-2004, 2005-2006.

1787/1788. Apenas a promessa de se juntar uma declaração de direitos assegurou a ratificação, o que conduziu à passagem das primeiras dez emendas em 1791, vulgarmente conhecidas como o *Bill of Rights*.

O discurso americano sobre os direitos humanos produziu o seu primeiro documento constitucional com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de Junho de 1776⁷. O exemplo foi de tal forma influente que foi seguido pela maioria dos outros Estados, ainda que New Jersey, até 1844, e Geórgia, Nova Iorque, Carolina do Sul e Luisiana, até depois da Guerra Civil, tenham inserido apenas um número muito reduzido de direitos nas suas sucessivas Constituições. O número variou entre seis (em Nova Iorque, 1777, e Geórgia, 1789) e vinte e dois (em Nova Iorque, 1846), com uma média de cerca de dez para as restantes.

Depois da Declaração de Direitos de Virgínia, apenas os Artigos da Confederação de 1777, consensualmente considerados como o texto original da Constituição Federal de 1787, e duas das quatro Constituições do Texas,

⁷ Sobre as origens da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, cf. Brent Tarter, "The Virginia Declaration of Rights", em: *To Secure the Blessings of Liberty: Rights in American History*, ed. by Josephine F. Pacheco, Fairfax, Va.: George Mason University Press, 1993, 37-54. O primeiro autor a sublinhar com clareza a importância das primeiras Declarações de Direitos é Kruman, *Between Authority and Liberty*, 37-59. Sobre o período subsequente, cf. Scalia, *America's Jeffersonian Experiment*, 27-47, e passim, e Kernit L. Hall, "Of Floors and Ceilings: The New Federalism and State Bills of Rights", em: *Florida Law Review*, 44 (1992), esp. 641-645. Para uma visão oposta, cf. Wood, *Creation of the American Republic*, 271-273.

no momento anterior à incorporação deste Estado nos Estados Unidos, as de 1827 e 1835, não declararam nenhum direito humano. Com a Califórnia, que só em 1849 adoptou a sua primeira Constituição estadual, o total das Constituições americanas com uma declaração de direitos atingiu o número de quarenta e um. Regra geral, cada uma delas continha cerca de trinta direitos diferentes declarados, enquanto três delas – as Constituições de Maryland de 1776 e a de New Hampshire de 1784 e 1792 – enumeraram mais de quarenta.

Os vários direitos declarados nas Constituições estaduais americanas podem ser divididos em três grupos: primeiro, sem afirmar nenhum direito específico, aquelas determinações que declararam “primeiros princípios”; em segundo, direitos expressamente conferidos ao povo ou, mais precisamente, aos indivíduos, tal como direitos políticos, direitos que podem ser correctamente designados como direitos sociais, direitos económicos e outros; em terceiro, protecção de direitos garantida passivamente aos indivíduos nos domínios político, económico, social e jurídico (cf. Anexo II). No que diz respeito às cinquenta e uma Constituições do mesmo período que declararam direitos humanos em graus moderados ou extensos, 3,2% das determinações pertencem ao grupo dos “primeiros princípios”, 48% devem ser considerados como direitos activamente conferidos aos indivíduos, enquanto que 49% do conjunto garantiram protecção de direitos ao indivíduo. Falando genericamente, as Declarações de Direitos americanas, obviamente influenciadas pela tradição

multissecular da Common Law⁸, evitaram exposições extensas de princípios elevados mas destituídos de consequências jurídicas significativas. Em vez disso, concentraram-se num modelo mais ou menos equilibrado, atribuindo ao indivíduo direitos susceptíveis de serem exercidos, por meio de acções judiciais, contra intromissões do governo e limitando o poder do governo com o fim de assegurar ao indivíduo a protecção dos seus direitos e a bênção da liberdade⁹. Foi esta dupla limitação que caracterizou as declarações de direitos americanas.

III. Proteger contra que poder?

A caracterização geral das declarações de direitos americanas indica já contra que poder, no interior do

⁸ Cf. Judith S. Kaye, “Foreword: The Common Law and State Constitutional Law as Full Partners in the Protection of Individual Rights”, em: *Rutgers Law Journal*, 23 (1992), 730-734.

⁹ Cf. a resolução da convenção constitucional de Delaware de 6 de Dezembro de 1791 “que a Declaração de Direitos [da Constituição de 1776] deveria ser revista de tal forma que fossem mais particularmente enumerados e mais rigorosamente definidos os Direitos reservados que ficariam fora do alcance dos poderes gerais do Governo; e que isso fosse consistente com a Constituição que viesse a ser objecto de consenso” (*Minutes of the Grand Committee of the Whole Convention of the Delaware State*, Wilmington: James Adams, 1792, reimpresso em: *Proceedings of the House of Assembly of the Delaware State 1781-1792 and of the Constitutional Convention of 1792*, ed. by Claudia L. Bushman, Harold B. Hancock and Elizabeth Moyné Homsey, Newark: University of Delaware Press, London and Toronto: Associated University Presses, 1988, 777).

sistema de separação de poderes, é que estas declarações se dirigiam fundamentalmente. O debate americano sobre os direitos humanos tinha tornado óbvio que assegurar estes direitos era uma pré-condição para o – senão mesmo um sinónimo do – poder legítimo. Mas qual dos três poderes estava vocacionado para ser o guardião destes direitos, e contra qual destes poderes, com as suas aspirações e pretensões, era necessário garantir uma protecção especial?

A ideia inicial, hoje prontamente assumida, de um grande designio para limitar o poder legislativo através da garantia de protecção especial de direitos ao indivíduo, necessita de ser submetida a uma avaliação mais completa. Em vez de nos fundarmos nos conhecimentos recebidos, qualquer análise da Declaração de Direitos de Virgínia conduzirá a conclusões completamente diferentes. A parte das determinações garantindo protecção de direitos reduz-se a 42%. Estas determinações incluem proibições contra “contribuições ou privilégios especiais ou privativos”, a separação de poderes, a rotatividade dos cargos, a defesa da propriedade, o governo pelo consentimento, normas contra a suspensão das leis “sem o consentimento dos representantes do povo”, uma “milícia bem organizada”, “que exércitos permanentes, em tempos de paz, deveriam ser evitados”, estrita subordinação do poder militar ao poder civil e um direito ao governo uniforme¹⁰. Nenhuma

destas determinações pode ser interpretada como restringindo o poder do órgão legislativo ou como proibindo-o de fazer algo. Pelo contrário: “os [M]agistrados são os mandatários e servidores [do povo], e são sempre responsáveis perante ele”¹¹. Os membros do executivo eram responsáveis perante o povo, não os legisladores ou os juízes¹², porque, tal como os virginianos foram levados a concluir de uma longa tradição da filosofia política, no que ao governo despótico dizia respeito a grande ameaça emanava do executivo¹³.

A Declaração de Direitos de Maryland, de 14 de Agosto de 1776, a segunda em importância a seguir a Virgínia, no conjunto das primeiras declarações, não alterou a tendência geral. Para termos uma ideia mais precisa, a percentagem de determinações garantindo protecção de direitos aumentou para quase 60%, permanecendo apenas uma cláusula que apelava para um “primeiro princípio”, a soberania popular. Mas de todas as novas determinações conferindo direitos e protecção garantida de direitos em Maryland – dezoito, que se somaram às vinte seis determinações originais em Virgínia e às quatro recentemente inseridas em New

¹⁰ Declaração de Direitos de Virgínia, sect. 2, *ibid.*, 3813.

¹² Cf. sect. 4 “[...] os cargos de magistrado, legislador ou juiz [...]”, *ibid.*

¹³ Sobre a rejeição da ideia de limitar o poder da legislatura nos debates sobre a Declaração de Virgínia, cf. McAfee, *Inherent Rights, the Written Constitution, and Popular Sovereignty*, 18. Cf. também Wood, *The Creation of the American Republic*, 403-409.

¹⁰ Declaração de Direitos de Virgínia, sect. 4-14, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VII, 3813-3814.

Jersey – apenas duas podem ser descritas como restrições ao poder do legislativo, a proibição de leis retroativas e os *bills of attainder*^{xxxvi}.

No Verão de 1776 parece ter-se formado um consenso alargado em torno da ideia de que a ameaça potencial de poder despótico vinha do executivo e de que qualquer solução para o evitar tinha necessariamente que provir do povo. Através dos seus representantes, o povo era considerado o verdadeiro garante dos seus direitos. Numa citação quase literal do *Bill of Rights* inglês, vemos, pela primeira vez numa Constituição estadual americana “[q]ue a liberdade de expressão e debate, ou os procedimentos do Legislativo, não deverão ser sujeitos à impugnação de qualquer outro tribunal ou jurisdição”¹⁴. O lugar para a reunião do legislativo seria fixado de acordo com a conveniência dos seus membros, e – uma vez mais citado do *Bill of Rights* britânico – “para a apreciação de queixas e para rever, reforçar ou preservar as leis, o legislativo deverá ser frequentemente convocado”¹⁵. Todas as pessoas tinham o direito de enviar petições ao legislativo, o qual tinha poderes para, sozinho, fixar subsídios ou qualquer tipo de impostos ou taxas, ao passo que se assumiu que a ameaça à liberdade provinha de um exército inactivo e de uma permanência prolongada das mesmas pessoas no executivo¹⁶. Nenhuma restrição adicional ao poder legislativo

¹⁴ Declaração de Direitos de Maryland, art. VIII, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, III, 1687.

¹⁵ Art. IX, X, *ibid.*

¹⁶ Cf. arts. XI, XII, XXVI, XXXI, *ibid.*, 1687-1689.

^{xxxvi} V. Glossário.

foi acrescentada ao longo do catálogo de direitos humanos de Maryland, o qual conferiu adicionalmente ao legislativo, embora sob condições rigorosas, o direito de alterar, mudar ou abolir a Declaração e a Constituição¹⁷.

A evolução atingiu o clímax com a Declaração dos Direitos da Constituição da Pensilvânia de 28 de Setembro de 1776, e, novamente, com a sua repetição nas Constituições de Vermont de 1777, 1786 e 1793, com alterações cada vez menores. O radicalismo da Constituição da Pensilvânia é enfatizado pela frase recorrente “Que o povo tem o direito [...]”, que abre cerca de um terço dos artigos da Declaração¹⁸. Para garantir os seus direitos e o bem comum, o povo tinha o direito de se reunir – um direito que estava ainda ausente nas declarações de direitos anteriores – e de instruir os seus representantes. Por fim, devia vigiar cuidadosamente os legisladores e os magistrados, para que, em conjunto, eles fizessem e executassem “tantas leis quantas as que são necessárias para o bom governo do Estado”¹⁹. A Declaração dos Direitos de Pensilvânia de 1776 não deixou dúvidas sobre quem é que garantia os direitos do homem e, por outro lado, quem é que os podia ameaçar. O tópico tradicional do poder tirânico e a procura de uma solução republicana tinha resultado numa confiança ilimitada no povo como guardião absoluto dos seus direitos, juntamente com o conceito de uma

¹⁷ Cf. art. XLII, *ibid.*, 1690-1691.

¹⁸ Cf. Constituição de Pensilvânia de 1776, Chap. I, arts. III, X, XII, XIII, XVI, *ibid.*, V, 3082-3084.

¹⁹ Arts. XIV, XVI, *ibid.*, 3083-3084.

constituição inviolável. Em conformidade com esta convicção, quase 60% das determinações da Declaração de Pensilvânia conferiram, activamente, direitos ao indivíduo, mais 5% do que em Virgínia ou em Delaware, e uma percentagem equivalente àquela novamente atingida com as Declarações de Carolina do Norte, em 1776, e a de Vermont, em 1777.

Uma mudança importante ocorreu com a Declaração dos Direitos da Constituição de Massachusetts de 1780, a Declaração que se seguiu à de Vermont e, ao mesmo tempo, a última Declaração anterior à Constituição Federal que revelou ter originalidade²⁰. Com a Declaração de Massachusetts e a sua adopção em New Hampshire o conjunto de determinações que conferiam activamente direitos desceu para cerca de 45%. Massachusetts não criou nem anunciou um único direito novo, ao passo que, no passado, todas as Declarações de Direitos tinham acrescentado pelo menos uma nova cláusula ao catálogo dos direitos humanos. Embora não tenha sido original no sentido estritamente jurídico, a importância da Declaração de Direitos de Massachusetts resultou do facto de se ter afastado radicalmente das suas predecessoras no seu espírito e no seu estilo. Nada restou dos elogios do povo como guardião dos seus direitos, tal como tinha sido comum durante o Verão de 1776. Sem dúvida que o povo continuou a ser a fonte de soberania, com o direito de alterar ou mudar o seu governo. Contudo, as palavras agora

²⁰ A Declaração de Direitos de New Hampshire de 1784 seguiu de perto o modelo de Massachusetts.

usadas tinham um tom muito diferente. O que tinha sido expresso em Virgínia, em 1776, como “que todo o poder reside e, conseqüentemente, deriva do povo”²¹, parecia, quatro anos mais tarde, formulado da seguinte maneira, em Massachusetts: “Residindo todo o poder originalmente no povo, e sendo dele derivado[...]”²². O poder que em 1776 ainda tinha pertencido ao povo de Virgínia já tinha sido delegado cedido pelo povo de Massachusetts. Aqui, “os vários magistrados e funcionários do governo” exerciam o seu poder como “substitutos e agentes” do povo²³, não como “seus curadores e servidores”, tal como tinham sido em Virgínia²⁴. Alguns anos mais tarde, Benjamin Rush, da Pensilvânia, Alexander C. Hanson, de Maryland, e outros, insistiram nesta alteração de pensamento: “A doutrina segundo a qual o poder reside de facto, em todos os momentos, no povo, é subversiva para qualquer governo e lei”²⁵.

Depois desta substituição das expressões iniciais de radicalismo por uma abordagem mais conservadora, protegendo-se de um envolvimento directo do povo, bastava um pequeno passo para chegar à Constituição Federal, com a sua intenção manifesta de limitar o poder legislativo, de forma a assegurar os direitos do indivíduo.

²¹ Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, sect. 2, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VII, 3813.

²² Constituição de Massachusetts de 1780, Pt. I, art. V, *ibid.*, III, 1890.

²³ *Ibid.*

²⁴ Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, sect. 2, *ibid.*, VII, 3813.

²⁵ Citado em: Wood, *Creation of the American Republic*, 370.

James Madison, pai da Constituição e do *Bill of Rights*, exprimiu claramente esta mudança na filosofia política. Em Inglaterra, “não têm ido além da construção de uma barreira contra o poder da Coroa [...] e pode não se considerar necessário, naquele país, estabelecer limites ao poder legislativo, mas nos Estados Unidos a opinião que prevalece é diferente”²⁶. Apenas alguns direitos foram enumerados no documento original de 1787, e além de terem sido inseridos no artigo sobre o poder legislativo, foram-no, especificamente, e muito significativamente, nas secções sobre os limites a este poder (sect. 9) e sobre os Estados (sect. 10)²⁷. Em perfeita consonância com este percurso argumentativo, o *Bill of Rights*, que concretizou as primeiras dez emendas acrescentadas em 1791, inicia-se com as famosas palavras: “O Congresso não fará leis impondo ou proibindo o exercício de uma religião, limitando a liberdade de expressão ou de Imprensa, ou o direito do povo a reunir pacificamente ou a pedir ao governo satisfação de queixas.” Embora as Constituições estaduais subsequentes só muito raramente tenham

²⁶ James Madison, sobre as emendas à Constituição propostas na Assembleia de Representantes (House of Representatives), a 8 de Junho de 1789, em: *The Papers of James Madison*, XII, ed. by Charles F. Hobson et al., Charlottesville: University Press of Virginia, 1979, 203. Cf. Robert A. Goldwin, “Congressman Madison Proposes Amendments to the Constitution”, em: *The Framers and Fundamental Rights*, ed. by Robert A. Licht, Washington, D.C.: The AEI Press, 1991, 57-85.

²⁷ Cf. *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, I, 22-23.

expresso um rigor comparável, a direcção estava bem estabelecida. Para proteger os direitos dos indivíduos nem eram essenciais as barreiras ao poder executivo, nem o povo era já considerado como garante dos seus próprios direitos. Em vez disso, eram necessários instrumentos contra possíveis usurpações do poder legislativo. O que, no fim, significava contra o próprio povo²⁸.

IV. Setenta e cinco anos de constitucionalização dos direitos humanos nos Estados Unidos

1. A linguagem política

A comparação, muito selectiva, de uma cláusula específica da Declaração de Virgínia com a cláusula correspondente no documento de Massachusetts, revelou a importância do vocabulário político. Na verdade, o vocabulário utilizado desvenda intenções e ideias, e a sua avaliação tem de começar, desde logo, por aquilo que parece não constituir qualquer problema na maioria dos países além dos Estados Unidos: o título. A uma escala nacional, as dez primeiras emendas à Constituição Federal são designadas por *Bill of Rights* de forma a sugerir que este é o sinónimo americano de uma Declaração dos Direitos do Homem.

A linguagem política americana remete para duas ideias: tradição e oposição. A tradição faz-nos remontar à

²⁸ Cf. *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, I, 22-23.

história inglesa do *Bill of Rights* da *Glorious Revolution*, a qual, cem anos antes da Constituição dos Estados Unidos, fixou o padrão revolucionário. Mas, em contraste com o documento americano, o *Bill of Rights* inglês lidou principalmente com os direitos do Parlamento em oposição à coroa, e só secundariamente com os direitos dos *Englishmen*. A ideia directora era a de que o documento não continha nenhum direito inventado de novo, mas direitos que tinham existido desde sempre e que tinham sido ameaçados pelas políticas reais. Afirmava-se, portanto, que o *Bill of Rights* não continha nada mais do que aquilo que desde sempre tinha constituído as liberdades inglesas e a antiga constituição, uma ideia recuperada por muitos colonos quando, opondo-se às políticas britânicas, procuraram defender o que consideravam ser os seus direitos herdados. Em contraste com esta opinião, uma declaração de direitos distinguia-se por ser um documento cuja intenção política era pelo menos tão importante quanto os seus aspectos jurídicos e um documento que expressava, ao mesmo tempo, o moderno racionalismo jusnaturalista.

A linguagem política americana da altura também revela quão significativo era o termo *Bill of Rights* para as primeiras emendas à Constituição Federal. Da Declaração de Virgínia de 1776, passando pela Constituição de Massachusetts de 1780 e depois desta, o termo *Bill of Rights* foi ouvido frequentemente. Contudo, apesar deste uso, a primeira parte das constituições estaduais foi designada, sem excepção, *Declaração de Direitos*, mesmo quando a sua natureza mudou. New Hampshire, em 1784,

foi o primeiro Estado a mudar o título para *Bill of Rights*³⁹. Mas o que, poucos anos depois, se tornou estruturante à escala nacional, passou praticamente despercebido nos Estados. Até ao fim do período aqui considerado, nenhum dos Estados, à excepção do de Iowa em 1846, adoptou o título *Bill of Rights*, substituindo com ele a expressão canónica de Declaração de Direitos. Os Estados continuaram a declarar os direitos do indivíduo, os tradicionais e os inventados de novo, em vez de dar apenas a conhecer os direitos já existentes.

Há mais de vinte anos, Donald Lutz sublinhou o significado do vocabulário político numa outra área⁴⁰. A dimensão jurídica das Constituições americanas já foi mencionada. Mas terão as suas determinações sido realmente feitas para serem contestadas em tribunal? Um outro olhar sobre a Declaração de Virgínia pode ajudar a responder a esta questão: “Que o governo é, ou deveria ser, instituído para o bem comum”⁴¹; “Que os poderes legislativo e executivo

³⁹ Nas Constituições de New Hampshire de 1779, 1781 e 1782, todas rejeitadas pelo povo, o título foi sempre “Declaração de Direitos”, ao passo que a Constituição de 1792 repetiu o termo “Bill of Rights”, cf. *A Declaration of Rights, and Plan of Government for the State of New-Hampshire* [Exeter: Zechariah Fowle, 1779], 1; *An Address of the Convention for Framing a New Constitution of Government for the State of New-Hampshire, to the Inhabitants of Said State*, Portsmouth and Exeter: Printing Offices, 1781, 17; *An Address of the Convention for Framing a New Constitution or Form of Government for the State of New Hampshire to the Inhabitants of Said State*, Exeter: [s.n.], 1782, 18.

⁴⁰ Cf. Lutz, *Popular Consent and Popular Control*, 65-67.

⁴¹ Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, sect. 3, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VII, 3813.

deveriam ser separados”³²; “Que as eleições [...] deveriam ser livres”³³; “Que o poder de suspender leis [...] não deveria ser exercido”³⁴. Esta linguagem é mais a do apelo moral do que a de uma determinação jurídica destinada a servir de fundamento a acções judiciais contra o governo. Recorda mais a linguagem tradicional de uma súplica trazida perante o rei, pelo que seria necessária uma revolução judicial para transformar esta linguagem num conjunto de noções jurídicas com força coerciva nos tribunais. O que foi conseguido, em termos de linguagem política, durante o Verão de 1776, levou anos a traduzir-se numa linguagem jurídica. Todas as Declarações de 1776 e dos anos seguintes usaram a linguagem tradicional, tanto os radicais da Pensilvânia quanto os constituintes mais conservadores em Massachusetts, incluindo-se aqui aqueles que adaptaram as suas Constituições em Vermont e New Hampshire, respectivamente. A nova linguagem jurídica foi usada de forma consistente, pela primeira vez, na Declaração de Direitos da nova Constituição de Pensilvânia de 1790³⁵. Em vez de “deveria” lia-se agora, em todo o texto, “deverá” e “será”, a linguagem da imposição jurídica e da força coerciva. Com raras excepções nos anos noventa, o novo carácter jurídico das declarações de direitos americanas ficou definitivamente estabelecido.

³² Sect. 5, *ibid.*

³³ Sect. 6, *ibid.*

³⁴ Sect. 7, *ibid.*

³⁵ Geórgia, em 1789, e Carolina do Sul, em 1790, precederam-na, mas as suas constituições não foram consideradas neste contexto, em virtude da natureza muito limitada dos direitos que ambas declararam.

2. Noventa e quatro determinações individuais e as contribuições dos Estados

As cinquenta e uma Constituições americanas do período que medeia entre 1776 e 1849 nas quais os direitos humanos foram declarados, continham um total de noventa e quatro determinações individuais (cf. Anexo I). Este número deixa de fora algumas raras determinações de importância apenas local, as quais, de acordo com o comum entendimento moderno, não fazem parte de uma verdadeira declaração de direitos, assim como aquelas que apenas foram inseridas no âmbito de acção do governo, e não foram mencionadas na Declaração dos direitos. Destas noventa e quatro determinações, cinquenta e três foram criadas em 1776, enquanto apenas dezanove foram acrescentadas durante a primeira metade do século XIX.

Algumas determinações tiveram uma importância apenas transitória, estando entre elas as cláusulas sobre duelos³⁶, ou resquícios do passado, como as cláusulas sobre a primogenitura³⁷, ou sobre a propriedade feudal³⁸. Outras,

³⁶ Cf. as Constituições de Iowa de 1846 (art. 1, sect. 5) e de Illinois de 1848 (art. XIII, sect. 25), *ibid.*, II, 1124, 1009.

³⁷ Cf. as Constituições de Geórgia de 1777 (art. 51) e 1789 (art. IV, sect. 6) e as do Texas de 1836 (*Declaration of Rights*, sect. 17) e 1845 (art. 1, sect. 18), *ibid.*, II, 784, 789, VI, 3543, 3549.

³⁸ Cf. as Constituições de Nova Iorque de 1846 (art. 1, sect. 12) e de Wisconsin de 1848 (art. 1, sect. 14), *ibid.*, V, 2654-2655, VII, 4078.

como a separação de poderes³⁹ ou a rotação dos funcionários⁴⁰, podem não ser consideradas como direitos humanos no seu sentido próprio. Declarar a “religião cristã protestante” como religião oficial, na Carolina do Sul, em 1778⁴¹, parece ser antes uma restrição aos direitos, não tendo tal sido repetido na declaração dos direitos de nenhuma outra Constituição estadual americana, nem mesmo na própria Carolina do Sul, com a sua nova Constituição de 1790. O direito a um júri constituído pela vizinhança dos acusados (Pensilvânia, 1790)⁴² foi também contestado, e raramente repetido, já que a maioria dos Estados preferiu um júri do distrito onde o crime era cometido. Pode duvidar-se de que uma Declaração de Direitos seja o lugar apropriado para postular a livre navegação no Mississípi, como fez Tennessee em 1796⁴³.

³⁹ Cf. as Constituições de Virginia de 1776 (Declaração de Direitos, sect. 5), de Maryland de 1776 (Declaração de Direitos, sect. 6), da Carolina do Norte de 1776 (Declaração de Direitos, sect. 4), de Massachusetts de 1780 (Pt. I, art. 30) e de New Hampshire de 1784 (Pt. I, art. 37) e de 1792 (Pt. I, art. 37), *ibid.*, VII, 3813, III, 1687, V, 2787, III, 1893, IV, 2457, 2475.

⁴⁰ Cf. as Constituições de Virginia de 1776 (*Declaration of Rights*, sect. 5), de Maryland de 1776 (Declaração de Direitos, sect. 31), de Pensilvânia de 1776 (Ch. I, art. 6), de Vermont de 1777 (Ch. I, art. 7) e de 1786 (Ch. I, art. 8), de Massachusetts de 1780 (Pt. I, art. 8) e de Mississípi de 1832 (art. I, sect. 30), *ibid.*, VII, 3813, III, 1689, V, 3083, VI, 3740, 3752, III, 1890-1891, IV, 2051.

⁴¹ Constituição de Carolina do Sul de 1778, art. 38, *ibid.*, VI, 3255.

⁴² Constituição de Pensilvânia, de 1790, art. IX, sect. 9, *ibid.*, V, 3100.

⁴³ Constituição de Tennessee de 1796, art. XI, sect. 29, *ibid.*, VI, 3424.

O raciocínio que subjazia a esta reivindicação tornou-se provavelmente obsoleto com a compra da Luisiana, sete anos mais tarde⁴⁴.

Apesar destas determinações e de algumas outras, de carácter absolutamente efêmero, a vasta maioria teve um significado duradouro para o constitucionalismo moderno. Quase todo o catálogo dos direitos humanos clássicos pode ser aqui encontrado, tais como o direito de resistência, o direito de voto, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, a liberdade de reunião e de petição, a justa indemnização, o direito a reparação, o princípio *Nulla poena sine lege*, a presunção de inocência, etc.

Tem de se admitir, contudo, que alguns dos direitos hoje considerados indispensáveis nos Estados Unidos parecem ter surgido tardiamente no constitucionalismo americano. Por exemplo, Geórgia, em 1777, constitucionalizou, pela primeira vez, o venerável princípio inglês do *Habeas Corpus*^{45xxxvii}. A justa indemnização foi introduzida pelo Vermont em 1777⁴⁶, a cláusula do *non bis in idem* (proibição de duplo julgamento sobre os mesmos factos) fez a sua primeira aparição constitucional em New Hampshire em 1784⁴⁷. O princípio *Nulla poena sine lege*

⁴⁴ Não obstante, reapareceu na Constituição do Tennessee de 1834, art. I, sect. 29, *ibid.*, VI, 3428.

⁴⁵ Constituição de Geórgia de 1777, art. 60, *ibid.*, II, 785.

⁴⁶ Constituição de Vermont de 1777, Ch. I, art. 2, *ibid.*, VI, 3740.

⁴⁷ Constituição de New Hampshire de 1784, Pt. I, art. 16, *ibid.*, IV, 2455.

xxxvii V. Glossário.

não integrou nenhuma Declaração de direitos americana anterior até 1817, quando tal se verificou no Mississippi⁴⁸, e a presunção de inocência, já declarada em França em 1789, reve de esperar pela Declaração de Direitos de Rhode Island de 1842⁴⁹.

Por outro lado, o direito à posse de armas e o direito de emigrar, ambos introduzidos pela Declaração de Pensilvânia de 1776⁵⁰, e inevitavelmente associados aos Estados Unidos de hoje, estavam longe de ser universalmente aceites nos outros Estados. Apenas uma escassa maioria, dezassete dos trinta e um Estados, incluiu o direito à posse de armas no seu catálogo de direitos humanos⁵¹,

⁴⁸ Constituição de Mississippi de 1817, art. I, sect. 11, *ibid.*, IV, 2033. Cf. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 7 (*Les Constitutions de la France depuis 1789*, ed. by Jacques Godechot, Paris: Flammarion, 1979, 34).

⁴⁹ Constituição de Rhode Island de 1842, art. I, sect. 14, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VI, 3224. Cf. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 9 (*Les Constitutions de la France depuis 1789*, ed. by Godechot, 34).

⁵⁰ Constituição de Pensilvânia de 1776, Ch. I, art. 13, 15, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, V, 3083, 3084.

⁵¹ Cf. Joyce Lee Malcolm, *To Keep and Bear Arms. The Origins of an Anglo-American Right*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994, esp. 146-150. Sobre as actuais controvérsias, cf. os artigos de Garry Willis e Michael A. Bellesiles in: *Whose Right to Bear Arms Did the Second Amendment Protect?*, ed. by Saul Cornell, Boston and New York: Bedford/St. Martin's, 2000, 65-88, 146-179, e, para uma perspectiva oposta, Stephen P. Halbrook, *A Right to Bear Arms. State and Federal Bills of Rights and Constitutional Guarantees*, Westport, Conn.: Greenwood Press, 1989. Dealey, *Growth of American State Constitutions*, 125, tinha enumerado o direito à posse de armas entre os direitos que não deviam falar em qualquer *Bill of Rights*, tal como o julgamento por juri e as eleições livres.

como tinha feita a Constituição Federal com a sua segunda emenda, mas menos de um terço de todas as declarações de direitos tinham declarado o direito de emigrar. Além da Pensilvânia, apenas seis Estados o adoptaram, e, entre estes, nenhum dos Estados originais, nem a Constituição Federal.

Não surpreende que as contribuições individuais dos Estados para a evolução dos direitos do homem tenham variado consideravelmente. Quase metade das noventa e quatro determinações tiveram origem nas Declarações de Virgínia e Maryland em 1776. No entanto, alguns destes direitos evoluíram ao longo do tempo e sofreram alterações ou ampliações significativas em declarações subsequentes. Virgínia tinha declarado a liberdade religiosa em 1776⁵². Mas coube a New Jersey, apenas algumas semanas depois, acrescentar que ninguém devia "ser obrigado a pagar díizimos, impostos, ou quaisquer outras taxas" a qualquer Igreja ou seita à qual não pertencesse. Adicionalmente, New Jersey aboliu qualquer averiguação de natureza religiosa, embora apenas para protestantes⁵³, uma restrição grave, que rapidamente desapareceu.

A liberdade de imprensa foi também declarada em Virgínia, em 1776⁵⁴. Mas a história recente da Inglaterra

⁵² Constituição de Virgínia de 1776 (Declaração de Direitos, sect. 16), em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VII, 3814.

⁵³ Constituição de New Jersey de 1776, art. 18, 19, *ibid.*, V, 2597-2598.

⁵⁴ Constituição de Virgínia de 1776 (Declaração de Direitos, sect. 12), *ibid.*, VII, 3814.

tinha demonstrado a fraqueza deste direito, na medida em que o júri tinha apenas o direito de deliberar sobre o facto da publicação, não estando autorizado a considerar o seu conteúdo. Por este motivo, o famoso *Fox's Libel Act* de 1792 é positivamente referido como o início da liberdade de imprensa na Grã-Bretanha, uma vez que determinou que o júri desse um veredicto sobre toda a questão, ou seja, sobre o facto e o direito⁵⁵. Na verdade, esta alteração decisiva na lei já tinha sido conseguida, dois anos antes, na Constituição de Pensilvânia de 1790⁵⁶, a fórmula ampliada do que foi adoptado por quase todas as constituições subseqüentes.

A Pensilvânia em 1776 e 1790, mas também a Geórgia e Vermont em 1777 e New Hampshire em 1784 deram contributos fundamentais para a evolução dos direitos humanos nos Estados Unidos, declarando direitos que são hoje considerados indispensáveis a uma escala nacional. Além das contribuições feitas por estas declarações, o Ohio, em 1802, acrescentou a determinação de acordo com a qual as escolas e universidades, dentro dos Estados, seriam abertas a toda a gente, e Nova Iorque estabeleceu,

⁵⁵ Cf. Leslie George Mitchell, *Charles James Fox*, Oxford: Oxford University Press, 1992, 118; Horst Dippel, "The Theory and Practice of the British Constitution in the Late Eighteenth Century", em: *Il Modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800. Atti del seminario internazionale di studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 14-16 novembre 1996)*, ed. by Andrea Romano, Milan: Giuffrè, 1998, 197-198.

⁵⁶ Constituição de Pensilvânia de 1790, art. IX, sect. 7, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, V, 3100.

em 1821, que ninguém seria privado dos direitos de cidadania senão pela lei do país, enquanto que a Califórnia declarou, em 1849, que a representação seria calculada em função da população⁵⁷. Apesar de não terem conseguido imediata aprovação e imitação nas declarações subseqüentes do período, há muito que todos estes direitos têm sido reconhecidos como direitos fundamentais na generalidade dos Estados Unidos.

Não há dúvida de que a evolução dos direitos humanos nos Estados Unidos foi o resultado de um esforço comum de — quase — todos os Estados. Apesar do crescente número de declarações que, depois da Constituição de Massachusetts de 1780, não acrescentaram uma única determinação ao catálogo, pode facilmente concluir-se que a contribuição dos Estados para a evolução dos direitos humanos na América e para o que é hoje considerado como a herança dos direitos humanos do país é muito maior do que a fixação formal no *Bill of Rights* de 1791 pode sugerir.

⁵⁷ Constituição de Ohio de 1802, art. VIII, sect. 25, Constituição de Nova Iorque de 1821, art. VII, sect. 1, Constituição da Califórnia de 1849, art. I, sect. 14, *ibid.*, VII, 2911-2912, 2647, I, 392. A cláusula nova-iorquina teve origem nas disputas desenvolvidas em torno do tema do direito de voto dos afro-americanos, cf. Peter J. Galie, *Ordered Liberty. A Constitutional History of New York*, New York: Fordham University Press, 1996, 76-77; Rogers M. Smith, *Civic Ideals. Conflicting Visions of Citizenship in U.S. History*, New Haven and London: Yale University Press, 1997, 170-173. A linguagem refere-se já à futura Décima Quarta Emenda à Constituição Federal de 1868.

3. O catálogo I em evolução: da protecção passiva de direitos aos direitos activos

Das três subdivisões das declarações de direitos americanas, princípios fundamentais, direitos activamente conferidos e protecção passivamente garantida aos direitos, o primeiro grupo foi o menos dinâmico. Depois da Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, com os seus três princípios fundamentais, nenhum novo “primeiro princípio” foi acrescentado ao longo de todo o período aqui considerado. No que diz respeito à garantia de protecção de direitos, a percentagem das respectivas determinações, num catálogo de direitos cumulativo até ao fim do século XVIII, permaneceu em cerca de 50%. As alterações surgiram com o novo século. Quase dois terços das oito novas determinações acrescentadas ao catálogo entre 1802 e 1821 conferiram activamente direitos, e das onze novas determinações que surgiram entre 1832 e 1849, mais de metade fizeram o mesmo. Estes direitos activos foram obviamente considerados mais importantes do que a protecção passiva de direitos.

Um olhar sobre as declarações de direitos redigidas entre 1802 e 1849 confirma esta impressão. Em todas estas declarações, sem excepção, as determinações que conferiram activamente direitos ultrapassaram largamente aquelas que se limitaram a conferir protecção passiva por uma margem de 60% a 80%. Numa altura em que o indivíduo tinha de mobilizar todas as suas energias para andar para a frente e em que os Estados Unidos estavam a expandir-se por todo o continente, afigurou-se mais

importante proporcionar-lhe um conjunto de direitos susceptíveis de ser activamente exercidos, do que reforçar a protecção de direitos que um governo relativamente fraco e presumivelmente distante dificilmente poderia garantir com sucesso.

Uma investigação das vinte determinações mais frequentemente citadas nas Declarações de Direitos americanas confirma estes resultados (v. Anexo III). Entre trinta e cinquenta e uma do total de cinquenta e uma Constituições contém estas determinações. Apenas uma em quatro destas vinte primeiras garantem protecção de direitos de forma passiva. As buscas e as apreensões ou a caução obrigatória do mandato judicial de captura e a subordinação do poder militar ao poder civil (cada uma delas citadas quarenta vezes), a proibição de leis retroactivas e a regra da justa indemnização (trinta e cinco vezes cada), e, em quinto lugar, a garantia contra as contribições compulsivas para as Igrejas (em trinta e quatro declarações). Todas as outras quinze determinações conferiram activamente direitos, com a única excepção da cláusula proclamando a soberania popular (trinta e oito vezes). Uma vez mais, ainda que, em números absolutos, as determinações conferindo direitos quase igualem aquelas que garantem protecção aos mesmos, as Declarações de Direitos dos Estados americanos, especialmente no século XIX, insistem geralmente muito mais nos direitos activos do que na protecção passiva de direitos. Comparando com 1776 e com os finais do século XVIII, percebe-se que a partir de meados do século XIX as Declarações de Direitos americanas tinham mudado definitivamente a sua

natureza, colocando uma muito maior ênfase no indivíduo e nos seus direitos do que na protecção de direitos proporcionada pelo governo⁵⁸.

4. O catálogo II em evolução: das questões políticas às actividades económicas

As alterações ao carácter geral das Declarações de Direitos americanas tornam-se também evidentes quando analisamos o seu conteúdo e estrutura (cf. Anexo IV). Das vinte e seis determinações da Declaração de Direitos de Virgínia, três referem-se aos “primeiros princípios”⁵⁹. Das restantes vinte e três determinações, treze podem ser propriamente designadas como direitos políticos, estando duas outras muito próximas deste grupo, a que declara a liberdade de imprensa e que declara a liberdade religiosa. Estas treze determinações, juntamente com as outras duas, estão localizadas no início e no fim da Declaração⁶⁰, estando separadas por oito cláusulas que pertencem a uma categoria diferente.

⁵⁸ Kermit L. Hall, na sua análise sobre as Constituições estaduais do período, caracterizou-as com a seguinte frase: “anti-governamentalismo persistente”, cf. Kermit L. Hall, “Mostly Anchor and Little Sail. The Evolution of American State Constitutions”, em: *Toward a Usuable Past: Liberty under State Constitutions*, ed. por Paul Finkelman e Stephen E. Gottlieb, Athens, Ga.: University of Georgia Press, 1991, 402.

⁵⁹ Constituição de Virgínia de 1776, Declaração de Direitos, sect. 1, 2 e 15, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VII, 3813, 3814.

⁶⁰ Que correspondem às secções 3 a 7 e 12 a 16, excepto a 15, *ibid.*

Quando nos interrogamos sobre o que aconteceu às determinações que ocupam o lugar três ao onze — as duas cláusulas iniciais proclamavam “primeiros princípios” — encontramos seis delas novamente entre as onze determinações iniciais da Declaração de Direitos de Maryland e, novamente, cinco na parte inicial da Declaração de Pensilvânia de 1776⁶¹. No fim do período aqui considerado, no Illinois, em 1848, e na Califórnia, em 1849, somente um único tinha restado⁶², enquanto que em Nova Iorque em 1846 e em Wisconsin em 1848 nenhum deles permaneceu.

⁶¹ As determinações da Declaração de Virgínia sobre o direito à resistência, separação de poderes, eleições livres e direito de voto, defesa da propriedade e suspensão das leis (Constituição de Virgínia de 1776, Declaração de Direitos, sect. 3, 5, 6 and 7) foram repetidas na Declaração de Direitos de Maryland de 1776, arts. 3 a 7 (*ibid.*, III, 1687), e aquelas que versavam sobre contribuições privadas, o direito de resistência, a rotação dos cargos, eleições livres e o direito de voto, na Constituição de Pensilvânia de 1776, Ch. I, art. 5 a 7 (*ibid.*, V, 3082-3083).

⁶² Cf. a determinação sobre eleições livres (Constituição de Virgínia de 1776, Declaração de Direitos, sect. 6) na Constituição de Illinois de 1848 (art. XIII, sect. 5) e a determinação sobre o direito de resistência (Declaração de Virgínia, sect. 3) na Constituição da Califórnia de 1849 (art. I, sect. 2), *ibid.*, II, 1007, I, 391. O que aqui se designa por direito de resistência refere-se ao direito do povo a alterar ou abolir a sua constituição. Especialmente no início do período aqui considerado, este direito era, por vezes, efusivamente declarado: “Sempre que os Fins do Governo são pervertidos, e a Liberdade Pública manifestamente ameaçada, ou pelo legislativo isolado, ou por uma combinação desleal dos dois [i.e. os poderes Legislativo e Executivo], o Povo pode, e, de acordo com o Direito, deve, estabelecer um novo governo ou reformar o velho” (Declaração de Direitos de Delaware de 1776, art. 5, em: *Convention at New-Castle for the Delaware State*, [Wilmington: James

Estas alterações implicam mais do que apenas uma mudança de hierarquia. De todas as determinações políticas iniciais da Declaração de Virgínia de 1776 — o direito à resistência, a proibição de contribuições especiais, a separação de poderes, a rotação de cargos, eleições livres, direito de voto, o assentimento ou consentimento do legislativo, proibição de suspensão de leis sem o consentimento do legislativo —, apenas duas tinham sobrevivido depois de passados mais de setenta anos, em Illinois (eleições livres) e na Califórnia (direito de resistência). Todas as outras determinações políticas tinham desaparecido, embora nem sempre completamente das Constituições estaduais americanas, mas pelo menos das suas declarações de direitos. Em vez de um princípio de direitos, as determinações políticas conservadas tinham-se transformado em questões de estrutura ou desenho do governo. Contudo, pelos menos duas determinações da última parte da Declaração de Virgínia desfrutaram ainda de uma popularidade duradoura em termos de direitos políticos: a cláusula contra exércitos permanentes (que

Adams, 1776], 2), ou em New Hampshire, a qual acrescentou, em 1784: “A doutrina da não-resistência contra o poder arbitrário, e a opressão, é absurda, escravizante e destrutiva do bem e da felicidade da humanidade” (Constituição de New Hampshire de 1784, Pt. I, art. 10, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, IV, 2455). Em meados do século XIX, na Califórnia em 1849, a frase transformou-se numa expressão algo prosaica: “[O povo] tem o direito de alterar ou reformar [o governo] sempre que o bem público assim o requeira” (Constituição da Califórnia de 1849, art. 1, sect. 2, *ibid.*, I, 391).

reapareceu em vinte e sete declarações até 1849)⁶³ e a subordinação do poder militar (em quarenta declarações)⁶⁴.

A Declaração de Direitos de Virgínia tinha começado com um apelo ao direito natural, à soberania popular e ao direito de resistência, de forma a poder continuar com cláusulas sobre direitos políticos e a terminar com a proclamação da liberdade religiosa. A maioria das declarações subsequentes continuaram a iniciar-se com o apelo ao direito natural ou à soberania popular, ou a ambos. Desde a Pensilvânia, em 1790, até à Califórnia, em 1849, em mais de vinte declarações, o direito à resistência apareceu em segundo, terceiro, ou quarto lugar. Mas se

⁶³ Anne Norton, *Alternative Americas. A Reading of Antebellum Political Culture*, Chicago and London: University of Chicago Press, 1986, 118, está certa quando afirma que a oposição contra os exércitos permanentes era sobretudo característica da geração revolucionária. Mas a sua conclusão está errada, a partir do momento em que ela prossegue dizendo que na primeira metade do século XIX essa oposição estava a decair no Norte, “ao mesmo tempo que permanecia constante no Sul”. Pelo contrário, entre 1802 e 1849 esta oposição foi introduzida nas Declarações de Direitos de Ohio, Maine, Pennsylvania, Iowa e Califórnia, a Norte, além de Delaware, aparecendo apenas nas Declarações do Mississippi, Alabama, Tennessee e Florida, no Sul. E, de novo, quando argumenta que a subordinação do poder militar à autoridade civil demonstrou a “persistência da ideologia republicana clássica no Sul” (*ibid.*, 123), tem de se salientar que até meados do século XIX esta subordinação estava presente na Declaração de Direitos de doze Estados do Norte, mas apenas em seis Estados do Sul, além de Missouri e Delaware.

⁶⁴ Cf. Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, sect. 13, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VII, 3814.

tivermos em consideração as outras determinações da Declaração de Virgínia, a sua hierarquia foi completamente subvertida. A Declaração de Direitos de Delaware de 1776 já tinha posto a liberdade religiosa em segundo lugar⁶⁵, um nível elevado (entre o primeiro e o quarto lugar) que foi subseqüentemente adoptado em metade dos textos constitucionais, entre eles o *Bill of Rights* da Constituição Federal.

No que à liberdade de imprensa diz respeito – surge catorze vezes entre os primeiros sete lugares – também houve progressos, embora, aparentemente, o *Bill of Rights* tenha sido menos enfático do que relativamente à liberdade religiosa. Wisconsin, em 1848, com um segundo lugar, conferiu-lhe a mais elevada hierarquia entre todas as declarações de direitos americanas⁶⁶.

Fora do reino dos direitos políticos, as alterações foram mais subteis. Entre um terço e metade das novas determinações inseridas nas Declarações de Direitos escritas entre 1802 e 1849 tinham conotações económicas. Em 1849, quase metade das determinações económicas no catálogo de direitos americano tinha tido origem no século XIX. Em consequência disso, a sua proporção nas Declarações de Direitos americanas cresceu, de 5% a 10% no século XVIII, para 10% a 15% no século XIX. Embora isso não tenha constituído uma verdadeira revolução, a esfera económica aumentou consideravelmente a sua importância e

⁶⁵ Art. 2, em: *In Convention at New-Castle for the Delaware State*, 2.

⁶⁶ Cf. Constituição de Wisconsin de 1848, art. I, sect. 3, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VII, 4077.

teve um impacto crescente nos desenvolvimentos constitucionais. Esta tendência exprimiu-se não somente na cláusula da justa indemnização, inserida em trinta e cinco declarações, mas ainda mais na cláusula limitando a prisão por dívidas, primeiramente inserida na Pensilvânia, em 1790⁶⁷, e depois adoptada em vinte e duas declarações devido à sua popularidade, especialmente nos Estados agrários do Oeste. A cláusula demonstra claramente que não foram sempre os grandes interesses económicos ou financeiros que prevaleceram. Dependendo da situação, foi a ansiedade dos agricultores e da classe média nos anos de crise económica que mais frequentemente deixou a sua marca nas Constituições estaduais, especialmente no Oeste.

5. A especificidade americana: as regras do processo penal como direitos humanos

Mais importante, não apenas em termos numéricos, do que as determinações com significado económico, foram as que se relacionavam com o processo e com o direito criminais. De todas as determinações que conferiram direitos de forma activa, mais do que um terço dizia respeito a normas de processo civil. Nenhum outro grupo de direitos activos foi comparável em dimensão. Tendo sido já antes introduzidos na Declaração de Direitos de

⁶⁷ Cf. Constituição da Pensilvânia de 1790, art. IX, sect. 16, *ibid.*,

V, 3101.

Virginia, estas determinações, juntamente com a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa, constituíram o essencial das declarações americanas do período. No topo estava o julgamento por júri, “o verdadeiro baluarte do governo livre”⁶⁸, “a melhor segurança que os cidadãos têm [...] contra os erros públicos e privados”⁶⁹ – a única determinação que aparece em todas as cinquenta e uma Declarações; os direitos do acusado no processo criminal – um complexo grupo de direitos, incluindo o direito a um julgamento público rápido, o direito a confrontar-se face a face com as testemunhas e o direito a apresentar testemunhas de defesa – (em quarenta e quatro declarações); e o direito a não ser obrigado a testemunhar contra si próprio (em quarenta e uma Declarações). Igualmente populares foram as duas cláusulas processuais que tomaram actante (*enacting*) o direito a ser julgado pelos seus pares ou pelo direito do lugar (em trinta e oito Declarações), a proibição de cauções excessivas (trinta e sete vezes), o decreto do *Habeas corpus*^{xxxviii} (trinta e seis vezes), a proibição de leis retroactivas (trinta e cinco vezes) e das punições cruéis ou pouco comuns (trinta e quatro vezes), e a cláusula do *non bis in idem* (em trinta e duas Declarações). Se considerarmos

⁶⁸ *The Federalist*, n.º 83 (Alexander Hamilton, John Jay and James Madison, *The Federalist* [1787/88], ed. by Edward Mead Earle, New York: Modern Library, s.a., 543).

⁶⁹ Benjamin L. Oliver, *The Rights of an American Citizen: with a Commentary on State Rights, and on the Constitution and Policy of the United States*, Boston: Marsh, Capen & Lyon, 1832, 269.

xxxviii V. Glossário.

o facto de o *Habeas corpus* e a cláusula do *non bis in idem* terem sido introduzidas no catálogo americano dos direitos humanos apenas em 1777 e 1784, respectivamente, percebemos que, a partir de 1790, a sua popularidade era definitivamente maior do que exprimem os números dados. Uma vez introduzidos, eles foram objecto de um notável grau de aceitação.

Para além destes direitos, mais ou menos consensuais, cada época deu os seus próprios contributos. O direito de acusação por um *grand jury*^{xxxix} principal foi uma contribuição do *Bill of Rights* Federal para o catálogo⁷⁰. Delaware, em 1792, insistiu para que as prisões que se construíssem de novo tivessem de tomar em consideração a saúde dos prisioneiros⁷¹. Quatro anos mais tarde, Tennessee ordenou que os prisioneiros tivessem o direito a não ser tratados com rigor desnecessário⁷². Todas estas cláusulas reflectem o impacto duradouro da tradição do direito penal inglês e a consciência crescente de uma reforma global. Em 1776, Maryland foi o primeiro Estado a declarar “leis sanguinárias devem ser evitadas”⁷³, um apelo posteriormente repetido, e que finalmente deu origem, na Declaração de Direitos do Maine de 1819, a

⁷⁰ Quinta Emenda, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, I, 29.

⁷¹ Constituição de Delaware de 1792, art. I, sect. 11, *ibid.*, I, 569.

⁷² Constituição de Tennessee de 1796, art. XI, sect. 13, *ibid.*, VI, 3423.

⁷³ Declaração de Direitos de Maryland de 1776, art. 14, *ibid.*, III, 1688.

xxxix V. Glossário.

uma afirmação clara: “Não serão aprovadas leis sangüinárias.”⁷⁴ A razão para uma oposição difundida à pena de morte foi notavelmente expressa de uma forma muito Beccariana em New Hampshire, em 1784: “Todas as punições devem ser proporcionadas à natureza da ofensa [...]. Pelo mesmo motivo, um número elevado de leis sangüinárias é tão impolítico quanto injusto. Sendo o verdadeiro designio de todas as punições a reforma da humanidade, e não o seu extermínio.”⁷⁵ Esta última observação viajou até tão longe quanto o Illinois, em 1848⁷⁶.

A singularidade das constituições de direitos americanas não consistiu nas suas determinações sobre o direito penal e a sua reforma, mas no elevado número das determinações que diziam respeito ao processo criminal. Este predomínio tornou-se ainda mais óbvio ao longo das décadas posteriores a meados do século XIX. Inicialmente, a percentagem de determinações que diziam respeito ao processo e direito criminais era de cerca de 20% a 25% por cento, tendo descido, com os radicais da Pensilvânia, em 1776, para menos de 15%. Em meados do século XIX tinha aumentado consideravelmente, para compreender

⁷⁴ Constituição do Maine de 1819, art. I, sect. 9, *ibid.*, III, 1647.

⁷⁵ Constituição de New Hampshire de 1784, Pt. I, art. 18, *ibid.*, IV, 2456.

⁷⁶ A frase foi repetida nas Constituições de New Hampshire de 1792 (Pt. I, art. 18), de Ohio de 1802 (art. VIII, sect. 14) e de Illinois de 1818 (art. VIII, sect. 14) e de 1848 (art. XIII, sect. 14), *ibid.*, IV, 2473, V, 2911, II, 982, 1008. Na Califórnia, em 1849, a convenção constitucional não conseguiu adoptar uma proposta similar, cf. Christian G. Fritz, “More Than ‘Shreds and Patches’: California’s First Bill of Rights”, em: *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 17 (1989/1990), 27-28.

entre um terço e metade de todas as determinações em qualquer uma das declarações de direitos. Ainda que o seu lugar hierárquico pouco se tenha alterado, a respectiva secção oscilou, no seu conjunto, entre o segundo e o nono lugar. Isso contribuiu para o carácter fortemente individualista das declarações americanas, tendo envolvido o sacrifício de direitos de natureza mais geral, tais como, por exemplo, o direito, ausente de todas as Constituições, a não ser preso durante mais do que vinte e quatro horas sem autorização de um juiz independente, ou daqueles direitos que requerem uma acção mais forte do Estado para repelir ameaças e pretensões de outros indivíduos ou grupos sociais e religiosos. Perante o persistente conflito subliminar entre os indivíduos e o governo, a tendência dos constituintes americanos foi para confiar cada vez mais nos primeiros e desconfiar cada vez mais do segundo. Contudo, longe de constituir um regresso ao radicalismo do Verão de 1776, este desenvolvimento marcou o início de um crescente individualismo populista americano.

Embora nos finais do século XVIII o júri fosse considerado como um símbolo da voz do povo e fosse, por isso, visto como o principal baluarte da protecção do indivíduo contra as ambições tirânicas do governo — uma convicção que tinha sido muito reforçada pela experiência inglesa do século XVII e, para os colonos, pelas políticas britânicas anteriores à independência americana⁷⁷ — aquela instituição

⁷⁷ Cf. Shannon C. Stimson, *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Houndsmill: Macmillan, 1990, 69-89.

recuperou importância no mundo económico e político posterior a 1830, por diversos motivos. Uma vez mais, os indivíduos tiveram de confiar no júri para defender o seu património contra a especulação e rapacidade das grandes companhias industriais e dos caminhos-de-ferro⁷⁸. Reside aqui a explicação para o carácter excepcional das Declarações de Direitos americanas do período, quando comparadas com declarações semelhantes de outras partes do mundo: na consciência, fundada numa longa experiência, de que se o indivíduo não estivesse munido com os meios necessários para impor os direitos por meio de uma acção judicial, as Declarações de Direitos seriam totalmente inúteis.

6. Dos “primeiros princípios” à hierarquia dos direitos

As Declarações de Direitos americanas não se limitaram a proclamar princípios políticos gerais ou axiomas sublimes sobre o homem em sociedade e a sua relação com o governo. Pelo contrário, com a excepção do apelo ao direito natural e à soberania popular proclamados em Virgínia em 1776 – aos quais Maryland acrescentou, com bastante rigor, o direito do povo a governar-se a si próprio⁷⁹ – as

⁷⁸ Cf. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 1977, esp. 84-85.

⁷⁹ Declaração de Direitos de Maryland de 1776, art. 2, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, III, 1686.

Declarações americanas limitaram-se, geralmente, a noções precisas e práticas. Fórmulas e frases padrão que eram geralmente aceites foram sempre repetidas na respectiva determinação ao longo do tempo e em todos os Estados. Não se ambicionava inventar, para cada ocasião, uma nova expressão para designar um direito de há muito estabelecido e suficientemente conhecido. Este método tende a dar às Declarações um carácter repetitivo, e permite que os seus autores sejam acusados de apenas copiar as Declarações precedentes e de serem intelectualmente pouco exigentes. O seu mérito, contudo, é que aquele método facilita o reconhecimento de direitos homogêneos e revela facilmente até as mais pequenas divergências. A permanência de direitos torna-se facilmente notada e as incertezas sobre o conteúdo são minimizadas, ou, enquanto compromissos políticos, deixadas em aberto, para serem posteriormente desenvolvidas⁸⁰.

O carácter preciso e pragmático das Declarações também determinou a natureza das suas mudanças. Desde o início, alguns direitos foram considerados mais importantes do que outros, e tal podia ser expresso pelo seu lugar numérico no documento⁸¹. Uma alteração de lugar podia

⁸⁰ Cf. Fritz, “More Than ‘Shreds and Patches’”, 13-34; id., “The American Constitutional Tradition Revisited: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West”, em: *Rutgers Law Journal*, 25 (1994), esp. 975-984.

⁸¹ Sobre a hierarquia de direitos, cf., recentemente, Milton R. Konvitz, *Fundamental Rights. History of a Constitutional Doctrine*, New Brunswick, N. J. and London: Transaction Publishers, 2001, 1-19.

indicar uma alteração de significado. Mas que uma determinação tenha sido adoptada em declarações posteriores, ou não, é igualmente indicativo da sua importância e grau de aceitação na época. A pergunta sobre se a acumulação de cargos constituía ou não um problema é presumivelmente melhor respondida pelo facto de nenhuma declaração a ter inserido num lugar hierárquico diferente do lugar ocupado por essa cláusula na Declaração de Maryland⁸². A repetição exprime, portanto, mais do que uma imitação não reflectida. É um indicador valioso, que nos informa sobre que direitos se considerava merecer serem inseridos num catálogo de direitos humanos.

Também ocorreram alterações em outra área. Em 1776, ganhou força a ideia de que uma Constituição moderna deveria consistir em duas partes ou capítulos: uma “Declaração de Direitos e um ‘Quadro’ ou ‘Moldura’ de governo”. A Declaração de Direitos constituía, obviamente, a primeira parte, já que “uma Constituição, na sua essência, pretende fundar um Sistema de Principios Estabelecidos para Assegurar aos Súditos a Posse e gozo dos seus Direitos e Privilégios, contra qualquer Usurpação da Parte do Governo”⁸³. De acordo com esta ideia, na Virgínia, assim como em Delaware e Maryland, a Declaração de Direitos precedeu a Constituição propriamente dita. A Pensilvânia, em 1776, foi o primeiro Estado a fazer dos

dois textos duas partes de um só e mesmo documento⁸⁴, um exemplo a ser seguido por outros Estados nos anos subsequentes, mesmo sem a divisão formal do documento em duas partes, e com a Declaração de Direitos como artigo primeiro, precedendo o resto da Constituição.

A situação era diferente naqueles Estados que não tinham propriamente uma Declaração de Direitos e com apenas alguns direitos inseridos nas suas Constituições. Normalmente esta enumeração era feita no fim do documento. New Jersey foi o primeiro Estado a praticar este método e Geórgia, Nova Iorque e Carolina do Sul rapidamente o seguiram. O exemplo clássico foi, naturalmente, o da Constituição Federal, com o seu *Bill of Rights* acrescentado ao fim do documento original. Durante a ratificação do processo para estas emendas à Constituição Federal, Pensilvânia, no seu esforço para se

⁸² Na verdade, Delaware já o tinha feito, mas sob o título *In Convention at New-Castle, for the Delaware State* [Wilmington: James Adams, 1776], tinha publicado “Uma Declaração de Direitos [...]” (pp. 2-4), e “A Constituição ou Sistema de Governo [...]” (pp. 4-11), ao passo que a Pensilvânia, sob o título comum de Constituição da Pensilvânia, tinha publicado “Capítulo I: Uma Declaração de Direitos dos Habitantes [...]” e “Capítulo II: Plano ou Quadro de Governo”. A Declaração de Direitos de Delaware e a indicação de que as duas partes da Constituição da Pensilvânia se designavam “Capítulo I” e “Capítulo II” falta em Thorpe. Para a Pensilvânia, cf. *Minutes of the Proceedings of the Convention of the State of Pennsylvania, Held at Philadelphia, the Fifteenth Day of July, 1776*, Philadelphia: Henry Miller, 1776, 58-65, e, embora nem sempre correcto, *The Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania*, Philadelphia: John Dunlap, 1776.

⁸³ Declaração de Direitos de Maryland de 1776, art. 32, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, III, 1689.

⁸⁴ *The Popular Sources of Political Authority*, ed. by Handlin, 153.

libertar do radicalismo da Constituição de 1776, adoptado na Constituição de 1790, reduziu a Declaração de Direitos ao estatuto de um artigo, o qual, como artigo IX, foi, pela primeira vez, inserido no fim do documento, imediatamente antes das disposições finais e transitórias (*Shedule*). Nos sessenta anos posteriores a meados do século XIX, cerca de um terço das Constituições seguiram o exemplo da Pensilvânia, enquanto a grande maioria continuou a aderir à tradição de 1776, começando com a Declaração de Direitos.

Transformar a Declaração de Direitos, de um catálogo precedendo a Constituição, num artigo colocado no fim da Constituição, alterou o carácter desta, assim como o da Declaração de Direitos. Originalmente, a Constituição tinha começado por definir os direitos do indivíduo, antes de estabelecer os ramos do governo e de lhes atribuir os respectivos direitos. Era este catálogo de direitos humanos e o respeito por eles que conferiam legalidade aos actos do governo. Ao deslocar as Declarações de Direitos para o fim do documento, depois de todas as outras funções e responsabilidades do governo terem sido determinadas, o catálogo de direitos passou a descrever uma outra área de acção do governo. Tinha-se transformado num item sobre a acção legítima do governo no qual tinham de ser respeitados direitos e restrições especiais. Em termos políticos e jurídicos não alterou directamente nenhum dos direitos da Declaração. Mas, na teoria constitucional, subverteu toda a estrutura de 1776. Em vez de uma Declaração de Direitos legitimando o poder do governo, agora era a Constituição que conferia legalidade à Declaração de Direitos.

Esta foi uma alteração profunda, que passou, em grande medida, despercebida, apesar de dois séculos de debate aceso em torno da extensão do *Bill of Rights* federal. Os constituintes sabiam, contudo, em geral, o que estavam a fazer. Nenhuma Constituição com a Declaração de Direitos no fim do documento repetiu o princípio da Constituição de Maryland⁸⁵ que esta Declaração de Direitos [...] não deveria ser alterada, mudada ou abolida, pelo Legislativo deste Estado⁸⁶, com a excepção da Pensilvânia, em 1790 e em 1838, e o seu seguidor próximo, Kentucky, em 1792 e em 1799. Contrastando com estes exemplos, nove Constituições com a Declaração de Direitos localizada no início do documento seguiram, entre 1816 e 1845, o exemplo de Maryland, protegendo a sua Declaração de Direitos, ao passo que, entre aquelas Constituições estaduais que seguiram o exemplo da Pensilvânia de 1790, apenas Kentucky o fez. O que sucedeu foi, nada mais, nada menos, do que a submissão a uma perspectiva conservadora de todo o sentido de uma Declaração de Direitos num sistema de constitucionalismo moderno. Um resultado imediato foi a Constituição de Luisiana de 1812, o único Estado novo a recusar incluir uma declaração de direitos na sua Constituição, não obstante todo o seu restante texto ter sido largamente copiado da Constituição de Kentucky de 1799, com a sua extensa declaração⁸⁶.

⁸⁵ Declaração de Direitos de Maryland de 1776, art. 42, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, III, 1690-1691.

⁸⁶ Cf. *The Louisiana Constitution of 1812*, ed. by Horst Dippel, at: www.modern-constitutions.de.

V. A constitucionalização dos direitos humanos nos Estados Unidos e em França

Há mais de um século que o debate sobre o impacto das Declarações de Direitos americanas na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* francesa de 1789 não tem cessado de se intensificar⁸⁷. Em vez de tentar avaliar os méritos deste debate, pode valer a pena sublinhar que a natureza das Constituições americanas é substancialmente diferente da Declaração de Direitos

⁸⁷ O debate académico foi lançado por Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1895, e, com conotações políticas de ambas as partes, prosseguido por Emile Boutmy. As posições actuais sobre o assunto estão bem descritas em Marcel Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris: Gallimard, 1989, 36-59; cf. também os contributos sobre a origem e a redacção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em: *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines – sa pérennité*, ed. by Claude-Albert Colliard et al., Paris: La Documentation française, 1990, 21-155; Terence Marshall, “Les Droits de l’homme et la politique constitutionnelle: Un dialogue franco-américain à l’époque révolutionnaire”, em: *1791: La première Constitution française. Actes du colloque de Dijon, 26 et 27 septembre 1991*, ed. by Jean Bart et al., Paris: Economica, 1993, 395-408; Eric Peuchot, “L’Influence des idées américaines sur les constituants”, em: Gilbert Bodinier et al., *La France de la Révolution et les États-Unis d’Amérique*, Paris: Masson, 1995, 22-34; Michel Troper, “Jefferson et l’interprétation de la Déclaration des droits de l’homme de 1789”, em: *Revue française d’histoire des idées politiques*, 9 (1998), 3-23.

francesa de 1789⁸⁸. Observando as determinações francesas sobre liberdade e igualdade, sobre distinções sociais, sobre os princípios da liberdade e do direito, sobre a natureza das leis, sobre a obediência à lei⁸⁹, sobre o poder público ou os fundamentos da Constituição, é difícil encontrar afirmações correspondentes em qualquer declaração americana. Doze das vinte e uma determinações da Declaração francesa lidam com princípios fundamentais⁹⁰, três conferem

⁸⁸ Em termos de estrita cronologia, os debates do Congresso sobre o *Bill of Rights* e os debates da Assembleia Nacional francesa sobre a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão decorrem quase ao mesmo tempo, sem que tivesse havido influência directa de um sobre o outro, mas isso foi causado não somente pelos meios de comunicação limitados dos finais do século XVIII, cf. *Creating the Bill of Rights. The Documentary Record from the First Federal Congress*, ed. by Helen E. Veit et al., Baltimore and London: Johns Hopkins University Press, 1991, e Thomas Jefferson para James Madison, 28 August 1789, em: *Papers of James Madison*, XII, 360. As cartas de Jefferson para Madison de 22 e 29 de Julho de 1789, *ibid.*, 303-306, 315, não contém nenhuma observação sobre as deliberações da Assembleia Nacional, o mesmo sucedendo com as suas cartas para outros destinatários durante os meses de Julho e Agosto, cf. *The Papers of Thomas Jefferson*, ed. by Julian P. Boyd, XV, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1958, 230-231, 268-269, 286, 326, 358, 364, 367-368.

⁸⁹ Sobre o significado da palavra “lei” na Declaração dos Direitos do Homem, cf. Lucien Jaume, *La Liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris: Fayard, 2000, 331-335.

⁹⁰ “Na verdade, foi exactamente no momento em que pareciam estar satisfeitos com as suas próprias abstracções que se verificou o impacto dos grandes princípios sobre a sociedade e o governo democrático: foi esta realmente a intenção que animou os redactores iniciais”: Lucien Jaume, “Avant-Propos”, em: *Les Déclarations des droits de l’homme (Du Débat 1789-1793 au Préambule de 1946)*, ed. by Lucien Jaume, Paris: Flammarion, 1989, 19.

activamente direitos, enquanto seis garantem passivamente a sua protecção. Os direitos conferidos pertencem aos campos social (dois) e económico (um), enquanto que a garantia de protecção de direitos se aplica aos domínios político (um) e económico e ao direito criminal (três) (cf. Anexo II). Se pusermos de lado a conformidade verificada em alguns pontos específicos, é difícil imaginar de que forma a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 poderia adaptar-se ao contexto americano dos finais do século XVIII e primeira metade do século XIX.

Para sermos rigorosos, as ideias americanas do Verão de 1776, assumindo ser o povo o guardião e garante dos seus direitos, correspondem claramente às ideias francesas, treze anos mais tarde. Mas na América estas ideias foram rapidamente ultrapassadas pelo conceito, mais poderoso, da necessidade de limitar o poder do governo, o que significava o poder do legislativo e, em última instância, o poder do povo. Este conceito era – e, em grande medida, ainda é – destituído de qualquer fundamento real em França, onde a revolução se confrontou com a tarefa de estabelecer uma autoridade legítima, como sublinhou Michel Troper⁹¹. Nem mesmo a incessante democratização da sociedade e da política americana no século XIX, especialmente na era de Jackson, aproximou o país das ideias da Declaração francesa. Pelo contrário, fortaleceu a posição do indivíduo relativamente ao governo e abriu, especialmente no Oeste, o caminho para o individualismo populista.

⁹¹ Troper, “Jefferson et l’interprétation de la Déclaration de 1789”, 13-16.

O objectivo das Declarações de Direitos americanas era, e continua a ser, diferente do da Declaração francesa. A maioria dos direitos declarados nos Estados Unidos dão ao indivíduo poder para propor acções judiciais sempre que sintam que os seus direitos estão a ser ameaçados ou foram infringidos. Em França, asseguraram a própria conduta do Estado de acordo com os princípios democráticos e a *rule of law*^{x1}, apesar de concederem ao indivíduo meios bastante limitados para propor acções judiciais com base na Declaração⁹². Duzentos anos de debate jurídico e político acerca do significado do *Bill of Rights* federal, especialmente durante a segunda metade do século XIX, reforçado pelo debate sobre a declaração de direitos pelo Estado, têm contribuído para a formação de uma opinião que parece ser muito mais sensível aos direitos individuais e ao papel e limites do poder do governo do que em França, onde uma comparável longa tradição de direitos humanos foi muitas vezes ultrapassada por questões sobre legitimidade política, o que teve como consequência a emergência de um debate centrado não nos indivíduos e nos seus direitos mas na teoria do Estado e do seu poder.

⁹² Nas suas decisões de 23 de Agosto de 1985, sobre a evolução da Nova Caledónia, o Conselho Constitucional afirmou, pela primeira vez, “que a lei apenas ‘revela a expressão da Vontade Geral’, de acordo com a definição da Declaração dos Direitos de 1789, ‘no seu respeito pela Constituição’, e, com isso, confirma que a questão da constitucionalidade compete também a lei promulgada, cuja correcção pertence aos legisladores e não ao Conselho”, cf. Louis Favoreu and Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10.^a ed., Paris: Dalloz, 1999, 652-654.

x1 V. Glossário.

VI. Conclusão, ou uma herança modificada

Embora os Estados americanos, como quase todas as outras Constituições hoje, continuem a declarar direitos, todos eles o fazem, em grande medida, com base numa herança dos finais do século XVIII. Mas no caso das Constituições estaduais americanas feitas até aos meados do século XIX, esta herança tinha sido consideravelmente transformada. Os direitos declarados tinham passado a ser juridicamente executáveis e, no seu todo, completamente individualizados. Não foi a comunidade – os franceses teriam dito a República – que definiu os direitos dos indivíduos como membros da sociedade. Esta era a ideia que tinha animado muitos americanos no Verão de 1776, especialmente os radicais da Pensilvânia. Em vez disso, nas décadas subsequentes, foi cada vez mais o indivíduo egoísta e auto-suficiente que desconfiou dos políticos e do governo e que, depois de 1776, usou de políticas elitistas, erigindo barreiras contra a lei das maiorias ilimitadas, para confiar os seus direitos não às legislaturas mas aos tribunais. Esta alteração de argumentos transformou as Declarações de Direitos americanas ao longo da primeira metade do século XIX e fez com que os direitos exclusivamente políticos e a garantia da protecção governamental de direitos parecessem menos importantes do que a panóplia dos direitos positivos, especialmente no campo do processo judicial e económico. Foi um sinal de nostalgia que a elite política de Virgínia, reunida em convenção em 1829-30, no exacto momento em que se tinha perdido o que quase parecera um direito herdado de

dar à Nação o seu executivo principal, tenha proclamado que a Declaração de Direitos de Virgínia de 12 de Junho de 1776 “como a base e fundamento do governo não [frequer]al, na opinião desta convenção, emendas”⁹³. Comparadas com o teor das Declarações de Direitos assinadas mais de meio século depois do seu aparecimento, o documento original, com o seu tom de apelo moral e de garantia política, surgia já completamente fora de moda.

A classe média americana, especialmente no Norte e Oeste dos anos trinta e quarenta do século XIX, esforçou-se por encontrar respostas novas para equipar o indivíduo com direitos efectivos num mercado duro e desregulado, mas cada vez mais importante. Este era um mundo diferente do da era revolucionária, requerendo instrumentos diferentes. Contudo, qualquer que fosse a natureza da mudança, as Declarações americanas como um todo – e em evidente contraste com a experiência francesa – contri- buíram para a situação privilegiada dos Estados Unidos, com uma história e uma riqueza documental únicas no que a Declarações de Direitos diz respeito. A qual, contudo, é hoje raramente apreciada de uma forma adequada. Contra esta negligência geral, é necessário sublinhar que a história das Declarações de Direitos americanas anteriores a 1789 é muito mais do que uma pré-história do *Bill of Rights* federal e que, depois de 1791 e durante toda a primeira metade do século XIX, foram os Estados e as suas Declarações de Direitos que desenvolveram e promoveram os

⁹³ Constituição de Virgínia de 1830, art. I, em: *Federal and State Constitutions*, ed. Thorpe, VII, 3820.

direitos humanos, enquanto a Constituição Federal permaneceu, em geral, surda⁹⁴.

Para sermos rigorosos, a importância impar das Declarações de Direitos dos Estados americanos tem de ser avaliada tendo em conta o facto de estas Declarações terem sido, em muitos aspectos, incompletas, omitindo direitos importantes, de há muito assegurados em outras Constituições. De uma forma geral, e devido à sua desconfiança relativamente ao governo, elas foram muito menos criativas do que outras, em diversos outros países⁹⁵. Embora sejam, com estas restrições, uma expressão das exigências do seu tempo e lugar, tal como essas exigências foram então percebidas, temos de reconhecer que o contributo histórico que os Estados americanos deram, com as suas Declarações de Direitos, para o desenvolvimento global dos direitos humanos, é realmente bem mais importante do que a negligência geral que a sua história sugere. O “Novo Federalismo”, quaisquer que sejam os seus méritos em outras áreas, pode ajudar a

⁹⁴ Cf. Morton Keller, “The Politics of State Constitutional Revision, 1820-1930”, em: *The Constitutional Convention as an Amending Device*, ed. by Kermit L. Hall et al., Washington: American Historical Association and American Political Science Association, 1981, 68.

⁹⁵ Cf., em termos comparativos, a Constituição do Reich alemão, redigida pela Assembleia Nacional Constituinte alemã em Frankfurt em 1848/49, a qual declarou os direitos fundamentais do povo alemão em sessenta artigos (art. 130 a 189), mais do que nenhuma outra Declaração de Direitos daquele biénio compreenderu.

corrigir a tendência para uma fixação unilateral no *Bill of Rights* de 1791⁹⁶. Contudo, são necessários esforços ainda muito maiores para devolver às Declarações de Direitos estaduais a importância histórica que elas, de facto, tiveram.

⁹⁶ Cf. também Robert S. Rankin, “The Bill of Rights”, em: *Major Problems in State Constitutional Revision*, ed. by W. Brooke Graves [1960], Westport, CT: Greenwood Press, 1978, 159-175; William J. Brennan, Jr., “State Constitutions and the Protection of Individual Rights”, em: *Harvard Law Review*, 90 (1977), 489-504; Hans A. Linde, “First Things First: Rediscovering the States’ Bills of Rights”, em: *University of Baltimore Law Review*, 9 (1980), 379-396; id., “Developments in the Law: The Interpretation of State Constitutional Rights”, em: *Harvard Law Review*, 95 (1982), 1324-1502.