

**ADHEMAR FERREIRA MACIEL**

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

Ex-professor da Faculdade de Direito Milton Campos.

Ex-professor da Universidade de Brasília.

Ex-presidente da Academia Mineira de Letras Jurídicas.

Membro da Academia Mineira de Direito Militar.

Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais.

Membro (cofundador) do Instituto de Direito Constitucional do Brasil.

Consultor Jurídico.

*O BILL OF RIGHTS AMERICANO:*  
REFLEXOS NO DIREITO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO



Belo Horizonte  
2016



Copyright © 2016 Editora Del Rey Ltda.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.  
 Impresso no Brasil | Printed in Brazil

EDITORA DEL REY LTDA.  
 www.livrariadelrey.com.br

**Editor:** Arnaldo Oliveira

**Editor Adjunto:** Ricardo A. Malheiros Fiuza

**Editora Assistente:** Waneska Diniz

**Coordenação Editorial:** Wendell Campos Borges

**Diagramação:** Lucila Pangrácio Azevedo

**Revisão:** RESPONSABILIDADE DO AUTOR

**Capa:** Wendell Campos Borges

**Ilustração capa:** JAMES MADISON.  
 John Vanderlyn (1816). Óleo sobre tela, 66,04x56,36  
 cm. Washington, DC - USA, White House, Blue Room.

**Editora / MG**

Rua dos Goitacazes, 71 – Sala 709-C – Centro  
 Belo Horizonte – MG – CEP 30190-050  
 Tel: (31) 3284-5845  
 editora@delreyonline.com.br

**Conselho Editorial:**

Alice de Souza Birchall  
 Antônio Augusto Cançado Trindade  
 Antonio Augusto Junho Anastasia  
 Antônio Pereira Gaio Júnior  
 Aroldo Plínio Gonçalves  
 Carlos Alberto Penna R. de Carvalho  
 Celso de Magalhães Pinto  
 Dalmar Pimenta  
 Edelberto Augusto Gomes Lima  
 Edésio Fernandes  
 Felipe Martins Pinto  
 Fernando Gonzaga Jayme  
 Hermes Vilchez Guerrero  
 José Adércio Leite Sampaio  
 José Edgard Penna Amorim Pereira  
 Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior  
 Misabel Abreu Machado Derzi  
 Plínio Salgado  
 Rénan Kfuri Lopes  
 Rodrigo da Cunha Pereira  
 Sérgio Lellis Santiago

M152b

Maciel, Adhemar Ferreira

O bill of rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro. / Adhemar Ferreira Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

592 p.

ISBN: 978-85-384-0377-7

1. Direitos humanos. 2. Direitos e garantias individuais. 3. Brasil. [Constituição (1988)]. 4. Declaração de direitos (Bill of Rights). 5. Declaração de Direitos Americana. I. Título.

CDU: 342

Nilcéia Lage de Medeiros

Bibliotecária

CRB6: 1545

1066153

# SUMÁRIO

Prefácio:

Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.....XIX

Explicação..... XXIX

## CAPÍTULO I

Introdução: o porquê do trabalho doutrinário..... 1

## CAPÍTULO II

Noção prévia do direito americano. A razão pela qual o direito romano-germânico, que já se havia espalhado pela Europa no século XII, não prevaleceu contra o *common law*. O *common law*. O período Tudor. Modernização do Estado inglês. Preservação dos costumes tudors nos Estados Unidos. Mistura de funções políticas e jurídicas. A *Judicial Review*. O *Case Law*. A invocação do direito natural nas decisões judiciais. Direito natural na Antiguidade, Idade Média e na atualidade. Hobbes, Locke e Montesquieu. A importância de Locke para o constitucionalismo americano e francês. Aversão histórica do americano a normas legais. Eras ou períodos do direito americano ..... 25

## CAPÍTULO III

A *Judicial Review*: “orgulho e enigma dos norte-americanos”. Precedentes estaduais. John Marshall. *Marbury v. Madison*. Subsídios de Hamilton. A substituição da votação *seriatim* pela votação *opinion of the Court*..... 67

## CAPÍTULO IV

A opção de Hamilton, Madison e Washington por um governo nacional forte. A reunião dos constituintes em Filadélfia, maio de 1787, para “revisar” os Artigos da Confederação. Leitura de credenciais. Eleição do presidente dos trabalhos. Candidatos. Regra do sigilo absoluto. O Plano da Virgínia. O Plano de Nova Jersey ..... 85

## CAPÍTULO V

Conjecturas sobre a razão da ausência de um *bill of rights* ou de uma *declaration of rights* no texto da Constituição. A Declaração da Virgínia. Mason e Patrick Henry. Moção de Mason e Gerry. Recusa e justificativa. Exigência de alguns Estados-membros. Correspondência entre Jefferson e Madison. As *Objections* de George Mason. As explicações de *Publius* ..... 99

## CAPÍTULO VI

### A Emenda n. 1.

A liberdade de ideias: resistência permanente contra a Igreja e contra o Estado. A questão da supremacia do poder. O cesaropapismo. Henrique II e as Constituições de Clarendon. Santo Agostinho. Dante. Anteprojeto de Madison. As *Religious Clauses: a Establishment Clause* e a *Free Exercise Clause*. O medo: obstáculo para a exteriorização do pensamento. Mutação constitucional. Casos notáveis. Notícia da aprova o, em março de 1998, de proposta de Emenda Constitucional pela *Judiciary Committee* da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos. Ora es nas escolas secundárias e ajuda governamental a institui es de ensino religioso: proibi es constitucionais que andaram

por um fio na *Bush Court*. A *Kruzifixentscheidung* do Tribunal Constitucional Federal alemão. O crucifixo do Superior Tribunal de Justiça. Uso de peiote em ritual religioso. Liberdade de expressão. Liberdade de imprensa. Portugal. Brasil. O caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964): sua importância para a liberdade de imprensa. O antecedente *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697 (1931). A doutrina *Clear and Present Danger*, de Holmes. Contribuição ou auxílio para organizações terroristas e a norma penal em branco do art. 18, § 2339B, do *U.S. Code*. Queima pública de bandeira: jurisprudência. Tentativa do Governo Bush de emendar a Constituição para evitar a *Flag Desecration*. Obscenidade e pornografia. A proteção do menor de idade. A instalação de filtro em computador de biblioteca pública. Decisão recente sobre *Film* ou *Video Crush*. Problemas da divulgação, pela imprensa, de nomes de vítimas de estupros. Liberdade de propaganda comercial. *Outdoors*. Direito de petição. Direito de ação. Jogos de azar. Isenção tributária de jornais e organizações religiosas..... 113

## CAPÍTULO VII

### A Emenda n. 2.

Raízes históricas. Redação do texto da Emenda. Dificuldade de interpretação. *Militia versus Mercenary Force*. Entendimento constitucional de Cooley. Legislação do Congresso. A mudança dos tempos: necessidade de restrição à venda e ao porte de arma. A nódoa da *Ku Klux Klan*. A inconstitucionalidade da *Brady Handgun Violence Prevention Act*. Duas decisões recentes: *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) e *McDonald et al. v. City of Chicago, Illinois, et al.*, 561 U.S. --- (2010)..... 215

## CAPÍTULO VIII

### A Emenda n. 3.

Inexistência de casos na Suprema Corte. Pobreza da jurisprudência nos Tribunais de Apelação. A Lei do Aquartelamento como revide ao *Boston Tea Party*. O registro de Goethe em suas memórias. O “direito de aposentadoria real” no Rio de Dom João VI..... 239

## CAPÍTULO IX

### A Emenda n. 4.

Proteção da propriedade privada. A parêmia *My home, my castle*. Os *General Warrants* ingleses. As *Lettres de Cachet* do *Ancien Régime*. Fragmento do discurso de William Pitt no Parlamento. *Writs of Assistance*. A cláusula *Unreasonable Searches and Seizures*. Casuísmo jurisprudencial. Convocação da imprensa para fazer cobertura de prisão domiciliar. Exame de urina para candidatos a cargos públicos. Morte em rodovia em decorrência de perseguição de policiais. Dirigir alcoolizado (*drunk driving*). Exame de sangue compulsório. “Bafômetro” (*breath test device*). Casuísmo. *No-knock entry* justificada diante das circunstâncias fáticas. GPS para rastrear o deslocamento de veículo de suspeito de tráfico de drogas. As doutrinas *exclusionary rule* e *fruit of poisonous tree*. Repercussão no direito brasileiro ..... 245

## CAPÍTULO X

### A Emenda n. 5.

A instituição do júri popular. Raízes históricas. Os heliastas gregos. Os *judices jurati* de Roma. A *Assize of Clarendon*. O *Grand Jury* e o *Petit Jury*. A soberania do Júri e a *Jury Nullification Theory*. Passado e presente. A cláusula *Double Jeopardy*. Jurisprudência. A proibição da autoincriminação. O *Taking the Fifth*. Oscilação

da jurisprudência no tocante às *Miranda Warnings*. A *Due Process of Law Clause*. A *Substantive Due Process Clause*. Repercussões no direito brasileiro. Embarços hermenêuticos na implantação do *New Deal*. O plano de Roosevelt para aumentar o número de juizes da Suprema Corte. O *Dominium Eminentis*. Notícia do *Saltpeter Case*. O direito de indenização no caso de desapropriação. Jurisprudência. A preocupação do Judiciário em não entrar no mérito político-administrativo da desapropriação. Evolução do instituto ..... 273

## CAPÍTULO XI

### A Emenda n. 6.

Antecedentes históricos. O item 8 da Declaração da Virgínia. A Seção 14 da Declaração de Direitos de Delaware. As Constituições brasileiras e a cláusula do “juízo penal rápido”. O emaranhado de *Boyer v. Louisiana*. A *Confrontation Clause*. O caso Gideon. Extensão ao caso Escobedo. Expansão da jurisprudência na década de 1930 ..... 319

## CAPÍTULO XII

### A Emenda n. 7.

Histórico. A preservação da instituição do júri para causas cíveis. Tentativa de introdução da cláusula nos derradeiros momentos da últimação da Constituição de 1787. Não aplicação aos Estados-membros. Exclusões. Autonomia do júri. Repercussões no direito brasileiro..... 347

## CAPÍTULO XIII

### A Emenda n. 8.

Antecedentes. O item 9 da Declaração de Direitos da Virgínia. O princípio da Presunção da Inocência. O princípio

da Capacidade Econômico-Financeira na aplicação da fiança e de multas penais. Banimento de penas crueis e incomuns. A pena de morte. Solução constitucional brasileira. Castigos infligidos a presos. O menor de idade e a pena de morte. Prisão perpétua com liberdade condicional. Jurisprudência. Abusos sexuais em prisões: responsabilidade do Estado? Obstáculos administrativos e judiciais para se reclamar de abusos sexuais em prisões. A *Prison Litigation Reform Act* de 1995. Pode-se invocar a proteção da Emenda no caso de pena disciplinar em estabelecimentos de ensino?..... 357

## CAPÍTULO XIV

### A Emenda n. 9.

“A Emenda Esquecida”. Os direitos não enumerados na Constituição. Regra de hermenêutica. Interrogações sobre o papel do Judiciário federal. O Caso *Griswold v. Connecticut*. Sua importância. A teoria do direito à privacidade do lar. A infundável discussão entre originalistas e ativistas. A *Constitutional Interpretation* e a *Constitutional Construction*. Observações de Carlos Maximiliano. Karl Loewenstein e a *Verfassungswandlung* americana. A *Living Constitution*. Repercussão da Emenda n. 9 em todas as Constituições republicanas brasileiras. O adendo da Lei Fundamental de Bonn..... 387

## CAPÍTULO XV

### A Emenda n. 10.

Observações e considerações de Tocqueville. A criação do Estado federal pelos constituintes norte-americanos de 1787. A dificuldade de se conceituar doutrinariamente o Estado federal. A repercussão das ideias de John Calhoun nos Estados Unidos e fora dele. O *Bill of Rights* e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: particularidade de um, universalidade



da outra. A República: preocupação maior do que a própria Federação. Os “poderes reservados”. A influência da Emenda n. 10 nas constituições brasileiras. A Cláusula *Dormant Commerce* e a Cláusula *Supremacy*, do Art. VI da Constituição. A Teoria da Preempção da Lei Federal. Os “Grandes Silêncios” da Constituição norte-americana. A criação de um Banco Central. *McCulloch v. Maryland. Implied Powers v. Reserved Powers*..... 405

## CAPÍTULO XVI

### A Emenda n. 14.

Art. V da Constituição da Filadélfia: válvula de bom senso político. Necessidade de modificações formais do texto original da Constituição norte-americana. Propósitos. Emendas da Reconstrução. Lincoln e a luta dos republicanos para suas aprovações e ratificações. O *Rump Congress*. Federação arranhada? A cidadania. *Ius sanguinis* e *ius soli*. Raízes históricas. A escravidão do negro: a *peculiar institution* nos Estados Unidos e o “elemento servil” no Brasil. Diferenças. Luta de mulheres em prol da abolição. A lenta absorção política do índio. *Person* e *citizen*. A doutrina do “igual, mas separado”. O caso *Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)*. A bela e triste história de Dred Scott. O voto de Roger Taney. Casos na Suprema Corte envolvendo a questão racial. A importância do precedente *Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)*. Antecedentes. A doutrina do *all deliberate speed*. A doutrina *Reverse Incorporation* em *Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497(1954)*. A segregação racial de japoneses e descendentes por ocasião da Segunda Guerra Mundial. Leis proibitivas de casamentos inter-raciais. Circunstância agravante no crime de adultério e fornicação, quando os infratores são brancos e negros. Os *Slaughter-House Cases*. Importância. Discriminação contra

mulheres. Direitos políticos. <i>Due Process</i> e <i>Equal Protection</i> . Entrelaçamento. Questionamentos nos dias de hoje sobre o Princípio da Supremacia do Parlamento no Reino Unido. Vida familiar. Direito à intimidade. Intimidade sexual entre adultos. O caso <i>Lawrence v. Texas</i> , 539 U.S. 558 (2003). Esterilização involuntária de indivíduos. O direito de procriar. O “direito de morrer”. O comovente caso de Nancy Cruzan. Leis de “Morte com Dignidade” ( <i>Death with Dignity Acts</i> ) ..... 437	437
Obras Citadas ..... 509	509
Referência da Rede Mundial de Computadores (Internet) ..... 540	540
Casos Citados..... 549	549