



## O Constitucionalismo não escrito do *Common Law* e a Constituição viva

*Unwritten Constitutionalism and Living Constitution*

**Estefânia Maria de Queiroz Barboza<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná e Centro Universitário Internacional Uninter, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: [estefania.barboza@ufpr.br](mailto:estefania.barboza@ufpr.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9829-5366>.

**André Demetrio<sup>2</sup>**

<sup>2</sup> Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil. E-mail: [demetrio@outlook.com](mailto:demetrio@outlook.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0082-5147>.

Artigo recebido em 23/10/2022 e aceito em 24/10/2022.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



### Resumo

O presente trabalho discute os modelos de constitucionalismo não escrito do *common law*, e suas principais características que instituem novas possibilidades representativas da constituição. Usualmente, cria-se uma distopia divisória do elo entre o escrito com o não escrito, enxergando o texto constitucional como um dogma e uma previsibilidade nas decisões judiciais. Contudo, se os direitos humanos e fundamentais são abertos e abstratos, a mera codificação não restringe seu entendimento. Desse modo, este trabalho busca apresentar novos caminhos interpretativos da constituição, a partir da ênfase nos princípios não escritos, da coerência aos precedentes judiciais, e na possibilidade de uma constituição viva. O método de pesquisa foi funcionalista do direito constitucional comparado. Os resultados alcançados demonstram que a dimensão não escrita do texto constitucional permite definir a constituição como um instrumento vivo, e em constante evolução.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo não escrito; Common Law; Precedentes judiciais; Constituição viva.

### Abstract

This paper discusses the models of unwritten or common law constitutionalism and their main features that institute new representative possibilities of the constitution. Usually, a dystopia is created by dividing the link between the written and the unwritten, seeing the constitutional text as a dogma and predictability in judicial decisions. However, if human and fundamental rights are open and abstract, mere codification does not restrict their understanding. This paper intends to present new interpretative paths of the constitution based on the emphasis on unwritten principles, the coherence of precedents, and the possibility of a living constitution. The research method was the functional method of comparative constitutional law. Results indicate that the unwritten dimension of the constitutional text allows for defining the constitution as a living and constantly evolving instrument.

**Keywords:** Unwritten constitutionalism; Common Law; Precedent; Living constitution.



## 1. Introdução

Há quem afirme, dentro do constitucionalismo, que a codificação das normas é um requisito para a segurança jurídica e para a prognose das decisões judiciais. Nos países que adotaram o sistema jurídico de tradição do *common law*, a estabilidade não foi construída com a imagem de que um texto escrito daria conta de tudo, ao contrário, desenvolveu-se num movimento de construção coerente do direito, por meio de precedentes judiciais e valorizando-se a equidade nas decisões judiciais.

Por outro lado, tendo em vista que as Constituições contemporâneas instituem os direitos humanos e fundamentais<sup>1</sup> como abertos e abstratos, sua mera previsão codificada, tanto no âmbito nacional como internacional, não é suficiente para que o texto dê previsibilidade à sua aplicação. Contudo, pode-se também afirmar ser possível a existência de Constituições não escritas em sistemas caracterizados pelo texto constitucional escrito. Desta forma, queremos explorar que o texto escrito é um dos possíveis modos de representação da constituição, mas não o único.

Ressaltando este argumento, Inglaterra e Nova Zelândia aparecem como casos interessantes, tendo em vista que não há um texto constitucional reconhecido formalmente, mas documentos esparsos que garantem a materialidade dos direitos fundamentais. Nessa acepção, veja-se, no caso estadunidense e canadense, a construção de um elo entre a constituição escrita e não escrita, propiciando um novo sentido ao texto constitucional. É possível defender a existência de um constitucionalismo não escrito mesmo quando presente uma constituição escrita.

O ponto que queremos salientar, inicialmente, diz respeito ao vínculo entre o constitucionalismo escrito com o não escrito. Encadeamento que desconstrói o dogma da textualidade, e institui novas possibilidades que definem o que é constituição e direitos fundamentais. Estas novas formas interpretativas são moldadas pelos precedentes judiciais, pelos princípios não escritos, e pela possibilidade de uma constituição viva, e em constante evolução. Isso implica na seguinte premissa: é possível colocar os direitos fundamentais como modelo de aproximação entre o constitucionalismo escrito e não

---

<sup>1</sup> Entendemos direitos humanos e fundamentais como sinônimos, considerando serem injustificáveis suas distinções em um “mundo globalizado e na perspectiva de um constitucionalismo plural” (SAMPAIO, 2018, p. 209). Ver, a respeito: SAMPAIO, Amélia Rossi. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: o estreitamento das fronteiras conceituais e a necessidade de um diálogo entre a órbita jurídica interna e internacional. *Opinião Jurídica*, v. 18, n. 37, pp. 209-230, 2019.



escrito, tanto no sistema legal do *common law*, como do *civil law*.

Dessa forma, considerando o constitucionalismo não escrito como uma das possibilidades de definir o que é uma constituição, esta pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira etapa, através de uma análise teórica, o objetivo será apresentar critérios da razão lógica do *common law* e suas principais características, utilizando como autores Jeffrey Goldsworthy (2008), Mark Walters (2009) e Ronald Dworkin (2006), para, em um segundo momento, estudar a importância e fundamentalidade dos precedentes judiciais e de entender o direito como integridade. Na última etapa, apresentaremos a possibilidade de definir a Constituição não escrita como uma constituição viva e em constante evolução, para a promoção de novos direitos fundamentais.

Metodologicamente, a comparação jurídica é a operação intelectual do contraste entre ordenamento jurídicos, institutos e normativas de diferentes sistemas, a fim de oferecer uma autorreflexão ou o desenvolvimento de valores cosmopolitas (VERGOTTINI, 2004; HIRSCHL, 2014). Desse modo, a partir do método funcionalista, busca-se compreender as principais características do constitucionalismo não escrito do *common law*, desde uma perspectiva interna dos autores/as, inseridos no contexto do *civil law* (VALCKE, 2012). Portanto, buscamos analisar os contrastes e peculiaridades entre os dois sistemas, isto é, apontar os principais encadeamentos entre o constitucionalismo escrito com o não escrito.

## **2. *Common law* e o direito não escrito como fruto da razão lógica**

Diferente do *civil law*, no qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common law*, a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações. Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente. A jurisprudência tem, desse modo, papel determinante tanto em sua origem quanto em sua evolução (BARBOZA, 2011).

Embora não haja no direito inglês uma Constituição escrita, o que os ingleses chamam de Constituição, na verdade, é o conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem as liberdades e os direitos fundamentais e estabelecem limites às autoridades. Mais recentemente, pode-se afirmar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela Inglaterra também fazem parte de



sua Constituição material (BARBOZA, 2011).

Dizer que o direito inglês é predominantemente Judiciário significa dizer que a fonte primária do seu direito são as decisões judiciais, sendo de extrema importância o papel criador de seus juízes (*judge-made-law*), dando-se reconhecimento à autoridade de seus precedentes. Destarte, a *legal rule* no direito inglês não se confunde com a regra do direito nos sistemas de *civil law*. O *statute law* tem função apenas complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma (BARBOZA, 2011).

Ainda, o *common law* inglês é um direito Judiciário, na medida em que ele é primordialmente prático, pragmático, e casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios abstratos, nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é de aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente (BARBOZA, 2011; DWORKIN, 2007).

Assim, o *common law* pode ser considerado, deste modo, um sistema aberto, na medida em que é possível encontrar a solução jurídica mais adequada *a posteriori*, pois normas são elaboradas e reinterpretadas continuamente, baseadas principalmente na razão e na racionalidade do julgamento, reivindicando uma validade intersubjetiva, pois se uma decisão é válida para um caso específico, deve ter mesma validade para as demais instâncias (ELDIN, 2007). Este tipo de constitucionalismo tem uma longa história em países anglo-saxônicos, como por exemplo, no Canadá, possibilitando que princípios “não escritos” desempenhem um papel fundamental na efetivação de direitos fundamentais (MACDONNELL, 2019).

Outro país que merece destaque é a Nova Zelândia, que apesar de não ter uma Constituição formalmente escrita, se insere no constitucionalismo não escrito do *common law*, com a edição de uma lei formalmente ordinária, chamada de *New Zealand Bill of Rights Act*, concedendo-a reconhecimento material como carta constitucional. Este documento tem sido um importante instrumento para a prática do judicial review, e na



limitação de atos legislativos (HARRIS, 2007).

Por outro lado, decorre que, com frequência, textos constitucionais são ambíguos, possibilitando novas interpretações e mudanças nos precedentes judiciais (BARBOZA, 2011). Veja-se, por exemplo, no caso estadunidense *Riggs v. Palmer*, a discussão sobre a possibilidade de recebimento de herança por quem cometeu homicídio em face do testador. A Suprema Corte decidiu que ninguém pode se beneficiar fundamentando em seu próprio ilícito, impossibilitando o recebimento da herança. Em sentido semelhante, a Suprema Corte inglesa decidiu que a viúva que comete homicídio contra seu marido, não tem direito ao recebimento de pensão (GOLDSWORTHY, 2008; DWORKIN, 2010).

Nesses casos, o poder judiciário invocou o sentido da norma, o que chamaremos de constitucionalismo não escrito. Portanto, há um sentido primacial no constitucionalismo do *common law* que é preciso ser explorado. Parafraseando Mark Walters (2009, p. 253), "o direito não escrito é uma metáfora que representa o tipo de proposição jurídica que é derivada de um discurso da razão<sup>2</sup>", capaz de capturar proposições jurídicas relevantes para a solução do caso, desconsiderando o texto como expressão canônica e limitadora do direito (WALTERS, 2008). A interpretação, aqui pensada, concede ao texto constitucional um papel meramente cerimonial, encarnando como condição primordial a análise de decisões anteriores, isto é, os precedentes judiciais (STRAUSS, 2010).

O que nos parece muito relevante na definição do constitucionalismo não escrito, é entender que sua conceituação não se limita à ausência de texto legal, mas de múltiplas possibilidades interpretativas. Essas decisões sempre remeterão a precedentes anteriormente decididos, em movimento contínuo, evolutivo e racional. Portanto, a principal distinção entre o direito escrito e não escrito é sua articulação argumentativa fundamentada em princípios gerais, sejam escritos ou não (WALTERS, 2008).

Em outras palavras, poderíamos entender o direito não escrito do *common law* como resultado de um discurso racional, em que proposições jurídicas são analisadas, sem limitação ao regramento previsto em tela, mas com base em manifestações abstratas, na qual podem arquitetar novas proposições jurídicas derivadas. Veja-se que, o constitucionalismo não escrito do *common law* não se fundamenta apenas em costumes

---

<sup>2</sup> Em inglês, no original: "Unwritten law is a metaphor representing the sort of legal proposition that is derived through a discourse of reason" (WALTERS, 2009, p. 253).



ou tradições, mas no discurso racional, articulando novas regras, direitos ou princípios que dialogam com precedentes já estabelecidos (WALTERS, 2001; WALTERS, 2008).

Por outro lado, é possível afirmar que em seu sentido formal, o discurso da razão do *common law* é apenas um método ou técnica da razão que produz respostas em questões do direito altamente técnicas ou moralmente questionáveis. Mas a igualdade da razão (*equality of reason*) que define essa técnica implica um conteúdo moral também limitado (WALTERS, 2008). A técnica formal da razão do *common law* promove, segundo Dworkin (2010), o valor da integridade, tratando os indivíduos com igual respeito e consideração, o que na prática judicial dos precedentes é possível por meio do *treat like cases alike*.

Na verdade, a equidade que se pretende nas decisões é, mais ampla que o princípio do *treat like cases alike*, pois não significa apenas tomar decisões semelhantes em casos semelhantes, mas significa adotar os mesmos princípios que fundamentaram decisões semelhantes (BARBOZA, 2011).

Desse modo, se a noção de hermenêutica é mobilizada por precedentes, juízes devem estar comprometidos com o estado de direito, de modo a retratar a moralidade política de uma comunidade. Por exemplo, para estabelecer o direito à igualdade, torna-se necessário explicar os valores constitucionais advindo desse direito, previsto em todas as democracias e constituições ocidentais (ALLAN, 2008). Destarte, mesmo com a inexistência de norma constitucional ou uma declaração de direitos, os juízes devem engajar-se na interpretação de valores constitucionais, aspirando-se ao regime do estado de direito e da moralidade política (DYZENHAUS, 2004).

Com isso, o decidir um caso judicial afere a racionalidade e inovação, evoluindo por meio de uma espécie de empirismo, que nada mais é do que envolver-se com casos constitucionais anteriormente decididos. Quer dizer que esta razão certa, baseada no empirismo, nunca é hostil à justiça, à equidade, e tampouco a boa política (STRAUSS, 2007).

Voltamos, então, ao tema central desse artigo: como compreender uma constituição viva e não escrita? É nesse sentido, que este trabalho entende que ao passo que a Constituição escrita é considerada como símbolo da vontade soberana (*law-as-sovereign will*), a Constituição não escrita é compreendida como a lógica do direito resultante da razão (*law-as-reason*). Visto sob essa ótica, os juízes quando invocam princípios não escritos em uma constituição escrita, não estão sendo criativos ou voando



para as nuvens, mas estão reproduzindo uma tradição do constitucionalismo do *common law* (WALTERS, 2001).

Em suma, é possível obter um resultado jurídico aplicando o método indutivo, de modo a alcançar princípios gerais nos enunciados jurídicos, isto é, possibilitando a concretude da utilização de princípios não escritos no processo de hermenêutica do texto legal (BARBOZA, 2011). Nesse caminho, Dicey (1982) apresenta uma distinção entre países com texto constitucional escrito e de países com constituição não escrita, como o caso inglês. Para o autor, a constituição inglesa propicia princípios induzidos baseados em casos particulares, invocados por tribunais, enquanto países do *civil law* e com texto constitucional, a fundamentação é extraída de princípios escritos e não escritos da constituição escrita.

Agora, para se pensar no exercício interpretativo de direitos fundamentais e humanos, percebe-se cada vez mais uma semelhança entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Por isso, no *common law*, como dito anteriormente, juízes têm buscado métodos indutivos, a fim de garantir e dar sentido aos direitos fundamentais. O inverso também é verdadeiro, considerando o leque interpretativo nos países do *civil law*, com a positivação dos direitos internacionais dos direitos humanos em constituições nacionais, e na busca por novos métodos hermenêuticos<sup>3</sup> não escritos (BARBOZA, 2011).

Nesse sentido, em uma jurisdição de *civil law*, onde há previsão legal do direito à igualdade, os magistrados não precisam invocar princípios e valores abstratos, restringindo-se a apenas fundamentar-se nas proposições jurídicas existentes. Em contrapartida, num sistema do *common law*, o juiz deverá aferir um princípio geral de igualdade através do discurso da racionalidade, valorizando e dando significado a valores abstratos, para depois incluir em um caso concreto (ALLAN, 2008). Em suma, ainda que determinados direitos fundamentais estejam previsíveis no ordenamento jurídico, será exigido ao magistrado a busca por princípios que envolvem a moralidade política, os precedentes judiciais e a história de uma comunidade (BARBOZA, 2011).

A construção do sistema de *common law* desmistifica a qualidade de que constituições escritas tem para si, como uma suposta clareza textual, quando comparadas com constituições não escritas (BAKER, 2013). Por exemplo, na Inglaterra, apesar de não

---

<sup>3</sup> Como exemplo, a teoria do constitucionalismo feminista admite a inclusão de métodos interpretativos não escritos, de modo a desmistificar a igualdade de gênero na sociedade. Ver, a respeito: BARBOZA, Estefânia; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, pp. 1 - 34, 2019.



existir uma constituição formal, mas a jurisdição constitucional reconhece materialmente os direitos fundamentais, propiciando a prática do *judicial review* e do reconhecimento a direitos fundamentais (SUNKIN, 1995; DICKSON, 2007). Contudo, essas questões demandam meios retóricos flexíveis na interpretação constitucional, de modo a permitir que juízes leiam o sentido das normas constitucionais em termos de legitimidade, de razoabilidade, e de decência (TREMBLAY, 2006).

Veja-se que, no caso estadunidense, a Constituição escrita e não escrita andam de mãos dadas na jurisprudência da Suprema Corte. A dimensão não escrita do texto constitucional possibilita dar sentido ao texto escrito, indo para além do literalismo oracional (AMAR, 2012). Assim, o texto constitucional deixa de ter um papel de destaque, abrindo caminho para interpretações variadas que podem evoluir conforme o tempo histórico, mas sempre sujeitas aos precedentes judiciais (STRAUSS, 2002).

O ponto que queremos salientar diz respeito à possibilidade da tradição do *common law* ser fundamentada em uma constituição escrita ou não escrita (ALLAN, 2007), como observado na Inglaterra, com uma constituição não escrita, e o Canadá, com uma constituição escrita.

Esse elo entre o escrito e o não escrito encontra ressonância na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA. Por exemplo, a Constituição dos EUA não proíbe expressamente a segregação racial, tampouco garante que todo cidadão tenha direito ao voto, ou que o sistema deva ser arquitetado por pesos e contrapesos, "mas todas essas coisas fazem parte do sistema constitucional em funcionamento dos Estados Unidos – parte da Constituição não escrita dos Estados Unidos" (AMAR, 2012, p. ix)<sup>4</sup>. Logo, a Constituição americana não é somente textual, mas também conjuntural (STRAUSS, 2010).

Se o sentido constitucional, seja literal ou não escrito, permite dar contornos ao entendimento de direitos fundamentais, o caso inglês é paradigmático. A isso, Griffith (1979) chama de constitucionalismo político, por não catalogar nenhuma declaração de direitos fundamentais. Por outro lado, essa ausência não implica na inexistência de controle de constitucionalidade, mas na possibilidade de um *judicial review* invocar documentos esparsos, como a *Bill of Rights* (1689), o *Human Rights Act* (1998), e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) (SUNKIN, 1995; DICKSON, 2007). Em

---

<sup>4</sup> Em inglês, no original: "but all these things are part of America's working constitutional system—part of America's unwritten Constitution" (AMAR, 2012, p. ix)



outras palavras, o texto é uma das possibilidades de representação da constituição, mas não é requisito, tendo em vista a inexistência de texto constitucional escrito em alguns países (BARBOZA, 2011).

Esse panorama apresentado diz respeito tanto à transposição formal do sentido da Constituição, quanto à fundamentação em princípios não escritos e em casos constitucionais anteriormente decididos. Noutros termos, trata-se de buscar uma reflexão da essência do texto constitucional, quais seus significados, e como se apoiar na cultura política, histórica, moral e jurídica da sociedade. Portanto, se a noção do constitucionalismo não escrito é mobilizada pela prática de precedentes judiciais, torna-se importante um aprofundamento sobre tal assunto.

### 3. Precedentes e o direito como integridade

Como fonte juridicamente reconhecida em países provenientes da tradição do *common law*, os precedentes judiciais adquirem um papel central na interpretação, na jurisprudência, e na segurança jurídica. Nessa acepção, os julgamentos tornam-se declarações individuais, de cunho avaliativo das normas, dentro de um sistema existente e evolutivo. Assim, juízes de direito buscam fazer "justiça" de forma individualizada, mas com o poder de influenciar futuras decisões (ELDIN, 2007).

Este é um ponto fundamental, isto é, a principal abordagem do *common law* é o precedente judicial. Assim, os casos são decididos guiando-se por precedentes que decidiram questões materialmente indistinguíveis. Na Suprema Corte dos EUA, os casos são julgados com base em precedentes, e não no exame do texto legal ou de entendimentos originários da constituição (STRAUSS, 2007). Desse modo, as considerações em um caso concreto raramente mencionam o texto da Constituição, mas propiciam um enfrentamento de questões de fato, e de direito, a partir de discussões orais, e de decisões anteriores tomadas (STRAUSS, 2010).

É esse olhar, em casos já decididos, que molda e justifica as decisões dos tribunais constitucionais do *common law*. Essa perspectiva impõe um trabalho racional e em cadeia, fundamentando-se pela análise de decisões anteriores, de casos semelhantes. Portanto, nesse sistema, a segurança jurídica não é fundamentada na legislação, mas no sistema de precedentes (STRAUSS, 2010; BARBOZA, 2014).



Agora, para pensar essa forma de decidir no constitucionalismo do *common law*, é preciso entender que os magistrados são limitados pela racionalidade, isto é, toda decisão judicial deve retratar a moralidade política de uma determinada comunidade. Tal fato é justificado pela doutrina do *stare decisis*, impondo que magistrados escrevam suas decisões com coesão aos precedentes judiciais. Nesse contexto, um juiz pode seguir ou distinguir casos, sempre fundamentando-se na racionalidade, mas jamais pode ignorar decisões judiciais anteriores (BARBOZA, 2014).

Não se trata de um sistema de precedentes casuísticos como se, a cada novo caso difícil, tivéssemos necessariamente um novo caso a analisar, como se o Direito não tivesse ainda respostas para o mesmo. E não estamos falando em casos repetitivos. Estamos, na verdade, questionando o que se está a decidir num determinado caso e se, indo para a questão mais abstrata do caso, de fato esta questão já não foi decidida pelo Tribunal Constitucional (BARBOZA, 2014).

Isto é justamente o que estabelece a doutrina ampla do *stare decisis*, ou de precedentes, que se fundamenta no fato de que a coerência entre as decisões garante a coerência do sistema na sua totalidade (BANKOWSKI, 1997). Ou seja, as máximas do direito criariam uma relação lógica e coerente de sistema, buscando-se uma perfeita trama de coerência das coisas, uma série de regras e princípios organizados “do mais amplo e mais genérico, por muitos graus de descida, como num pedigree ou genealogia, ao mais especial e particular”, com todas as partes da estrutura “combinadas como se possuíssem uma consanguinidade ou concordância natural”<sup>5</sup> (WALTERS, 2008, p. 364-365).

Nessa linha, proposições jurídicas devem ser vistas como parte de uma estrutura maior de princípios jurídicos abstratos, e proposições específicas e abstratas que sejam similares devem ser organizadas da mais ampla e geral à mais especial e particular com todas as partes combinadas entre si como se houvesse uma espécie de concordância natural entre elas. A coerência deve, desse modo, ser vista não apenas em cada regra do direito, mas em todo seu sistema (BARBOZA, 2014).

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, em inglês, no original: “The principles within particular departments of law, said Dodderidge, should demonstrate “coherency”(“local” coherence Dworkin would say); but Ramist method, if followed to its end, would leave not Just “every title of the Law” but “the whole body thereof”in “a perfect shape”. Common law method should, He Said, permit one to see “a perfect plot of the coherence of things”, a series of rules and principles arranged “from the most ample and highest Generall, by many degrees of descent, as in a Pedigree or Genealogie, to the lowest special and particular”, with all of the structure’s parts “combined together as it were in a consanguinity of blood and concordancied of nature” (WALTERS, 2008, p. 364-365).



Nesse caminho, torna-se possível traçar uma aproximação entre a teoria de Ronald Dworkin (2006) e dos métodos do *common law*, principalmente no que tange ao valor da coerência e da integridade na interpretação judicial. De certo modo, decisões proferidas no sistema do *common law* envolvem uma teoria da filosofia moral e política, focalizada por uma tradição intelectual e cultural. A partir disso, constata-se outros valores humanistas que se relacionam com o sistema, como por exemplo, a coerência e a racionalidade (BARBOZA, 2014).

Em sentido formal, como dito, o direito não escrito do *common law* carrega um discurso de racionalidade, propondo o direito como integridade, no sentido de tratar todos os cidadãos com igualdade e respeito. Sob o ponto de vista substantivo, há uma vinculação valorativa ao estado de direito, garantindo parâmetros mínimos de equidade e do devido processo legal (DWORKIN, 2006; WALTERS, 2008).

Pois bem, o direito como integridade é muito semelhante com o modo de interpretar da temática em discussão, haja vista a valorização da coerência, adjetivo essencialmente vinculado à ideia de *rule of law*, e com método baseado em casos do *common law (case-based method)* (DWORKIN, 2006; WALTERS, 2008). Por isso, a premissa de abertura impõe limitações substanciais sobre de que forma é possível decidir um caso judicial (STRAUSS, 2002). Nesse sentido, Ronald Dworkin (2006, p. 355) aponta de que modo juízes devem raciocinar casos difíceis:

Nos termos da combinação simples de positivismo e utilitarismo que descrevi, os juízes devem introduzir novas formas de julgamento para preencher as lacunas do direito, mas a combinação determina o caráter desse raciocínio judicial ao sustentar que juízes devam tentar fazer o que o Legislativo teria feito. O interpretacionismo, assim como outras teorias jurídicas, também pressupõe que os juízes inovem em seus julgamentos de moralidade política nos casos difíceis, orientando-os a buscar um equilíbrio interpretativo entre o conjunto de decisões legislativas e judiciais que representam a estrutura jurídica e os princípios gerais que parecem constituir a melhor maneira de justificar essa estrutura. Como afirmei em outro livro, esse é, na verdade, o método tradicional do *common law*.

Seguindo essa lógica, Dworkin (2006) entende que juízes não podem tomar decisões que parecem corretas isoladamente, e tampouco construir uma teoria distante de princípios e de políticas gerais. Em outras palavras, cada decisão judicial deve ser coerente com decisões precedentes, e com os princípios que justificam esse entendimento. Veja-se que, para o autor, uma decisão com integridade não envolve



necessariamente uma adesão estrita com o tempo passado, mas com uma conjuntura principiológica.

Nesse aspecto, Dworkin (2010, p. 174) caracteriza a “força gravitacional” dos precedentes judiciais, como a vinculação das decisões posteriores não só à *ratio decidendi*, mas também aos princípios abstratos que a fundamentaram. Ou seja, não é somente a *ratio decidendi* que vincula em rede futuros casos judiciais, mas igualmente sua argumentação baseada em princípios. Tal “força gravitacional” só existe em decorrência dessa cadeia, em que juízes decidem casos difíceis com base em princípios implícitos da moralidade política e de direitos estabelecidos em precedentes judiciais (WALTERS, 2008).

Nesse movimento interpretativo, Dworkin (2006) afirma que há somente uma única resposta correta para casos judiciais considerados difíceis. Nesse sentido, casos difíceis, dentro da tradição anglo-americana, são controvérsias constitucionais em que não há uma regra clara ou específica para saná-la. Sobre isso, Vera Karam de Chueiri (1995, p. 68) entende que a resposta certa “não é algo dado, mas construído argumentativamente”, consolidando a ideia dworkiniana do romance em cadeia (*chain of law*). Parece, então, que o direito é entendido como uma concepção interpretativa, argumentativa, evolutiva e em conexão com o passado.

Assim, fica claro que Dworkin (2019) constrói sua teoria assemelhadamente com a literatura, criando o gênero literário fictício de romance em cadeia (*chain of law*). Esse conceito estabelece que cada autor é um intérprete, e pode escrever um novo capítulo do livro. Visto sob essa ótica, cada nova história não desconstrói textos anteriormente escritos, mas agrega novos capítulos e sentidos à obra. Desse modo, essa assertiva exige uma responsabilidade individual e coletiva dos autores, requisitando conhecimento e leitura de pontos anteriores. Pensar o romance em cadeia (*chain of law*), como descrito por Dworkin (2019), parece ser o caminho sincrônico na atenção aos precedentes judiciais e na argumentação principiológica do direito.

Todo esse quadro, se traduz, no âmbito jurídico, quando um juiz leva em consideração decisões tomadas anteriormente, para saber o que foi dito, como foi julgado, e de que forma é possível construir coletivamente uma opinião acerca do romance escrito até o tempo presente (BARBOZA, 2014). Logo, o princípio de integridade admite, segundo Dworkin (2019, p. 229), que casos judiciais sejam decididos “não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por



quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem”.

Esse, então, parece ser o cerne dessa etapa investigatória: entender que o constitucionalismo não escrito do *common law* é muito próximo da ideia dworkiniana do direito como integridade. Veja-se que, nos dois modelos, o magistrado é compelido à coerência e à racionalidade, de como a construir uma decisão jurídica com base argumentativa e com respeito à moralidade cultural, jurídica e histórica. Ademais, ambos buscam uma sociedade com mais igualdade, tanto no espectro político, como moral e legal (BARBOZA, 2014).

Dessa maneira, o decidir no sistema jurídico do *common law* pressupõe uma desvinculação do conceito formal do texto constitucional, dando novos olhares substantivos à constituição e aos direitos fundamentais. A construção constitutiva é pensada em seu caráter vivo e evolutivo, mas também agarrado à racionalidade e às decisões tomadas anteriormente. O sentido dessa simbolização viva será tema do próximo tópico.

#### 4. Constituição viva e princípios não escritos

Se o *common law* tem como possibilidade a constituição não escrita, a consequência racional disso é que a existência de uma constituição viva é inevitável. Todo e qualquer texto constitucional não carrega apenas atributos dogmáticos limitadores, na medida em que existe uma constituição viva, mudando e evoluindo conforme o decorrer da história (STRAUSS, 2010). Em um constitucionalismo vivo, a constituição passa a ser entendida pelo que construímos, interpretamos e somos (PITKIN, 1987). Assim, uma constituição viva evolui, muda ao longo do tempo e se adapta a novas conjunções, sem necessariamente existir alterações formais (STRAUSS, 2010).

Tendo isso em consideração, recusamos a ideia de que a constituição seja imutável, haja vista inúmeras mudanças existentes em nossa sociedade. Uma constituição viva pode proteger princípios constitucionais contra a opinião pública, e se torna um antídoto para manipulações individuais do poder judiciário (STRAUSS, 2010). Defende-se, assim, uma manifestação de entender a constituição como instrumento vivo, modificando-se sua interpretação conforme novos contextos históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais (BARBOZA, 2014).



Por outro lado, essa contraposição a uma constituição estática, não significa incompatibilidade entre um texto constitucional escrito e uma constituição não escrita (STRAUSS, 2010). Como vimos na primeira etapa dessa pesquisa, tanto a Constituição americana, como a canadense, não são somente textos, mas também contextuais (STRAUSS, 2010; AMAR, 2012). Esse tipo de constitucionalismo, em seu aspecto essencial, desconstrói a ideia de que a presença de um texto constitucional levará a caminhos determinados ou autorizados pela jurisdição constitucional (STRAUSS, 2002). O texto vai funcionar como um ponto de partida compartilhado pela comunidade, ou seja, algumas questões não precisam ser discutidas a todo o tempo. A importância de um texto constitucional é muito mais a estabilização das relações sociais, o simbolismo do que representa, isso porque mesmo que não se esteja de acordo com alguma questão colocada na Constituição, há um consenso de que é melhor ter aquela previsão do que não tê-la.

Porém, cabe lembrar que esse olhar evolutivo do texto constitucional é moldado pelos valores da constituição em seu conjunto, projetando-se para dar ênfase ao estado de direito e à racionalidade (DYZENHAUS, 2004). Esse olhar evolutivo e vivo é complexo, e exige resolver controvérsias constitucionais não como um problema matemático, mas como uma prática de julgamento. Assim, a premissa de entender o texto constitucional como ser vivente envolve argumentos e considerações não estritamente legais, como por exemplo, valores de justiça e de boa política (STRAUSS, 2010).

Destarte, percebe-se que o constitucionalismo não escrito do *common law* é produzido por meio de precedentes, tradições, e de entendimentos que constroem uma parte indispensável para o sentido da constituição. Poderíamos compreender que a Constituição viva é resultado de dois "c": uma com c minúsculo, resultado do empirismo dos tribunais (constituição), isto é, dos precedentes judiciais, e uma com C maiúsculo, retratando a Constituição codificada (STRAUSS, 2010).

Um exemplo que pode auxiliar na compreensão dessa perspectiva é o entendimento da Suprema Corte dos EUA, interpretando casos judiciais não somente a partir de regras formais da lei, mas também com outros métodos que esclarecem o significado da lei suprema (STRAUSS, 2010; AMAR, 2012). Justamente por essa assimilação, a constituição escrita dos EUA (1787) adquire novos sentidos, indo para além do texto escrito (AMAR, 2012).

Desta maneira, há um escopo de direitos fundamentais não enumerados e não



codificados na constituição do *common law*. Veja-se que, no intuito hermenêutico, a Corte estadunidense busca localizar direitos implícitos na constituição escrita, e ainda que não estejam codificados, carregam status de direitos fundamentais. O que se percebe na prática, é que esses "direitos vividos" têm sido importantes na jurisprudência estadunidense, de modo que juízes e advogados rotulam esse caminho interpretativo de devido processo substantivo (AMAR, 2012).

A constituição viva, conseqüentemente, impulsiona por princípios não escritos ou previstos em uma Constituição invisível, no devido processo substantivo do *common law*. Nesse sentido, é possível analisar no contexto estadunidense, o direito à liberdade de expressão e sua interpretação evolutiva, haja vista que a Primeira Emenda<sup>6</sup> limite sua competência ao Congresso para não criar leis que restrinjam tal direito. David Strauss (2010, p. 56) questiona de onde vêm os princípios básicos da liberdade de expressão estadunidense como o de que é importante proteger o direito de criticar o governo ou o de que nem todos os discursos (como o obsceno ou difamatório) devem ser protegidos constitucionalmente e responde que:

Obviamente, eles não estão explícitos nas poucas palavras da Primeira Emenda. Na realidade, eles são, de algum modo, até difíceis de conciliar com as palavras da Primeira Emenda. Eles tampouco são encontrados nas intenções ou entendimentos dos elaboradores da Primeira Emenda. Ou seja, o texto e os entendimentos originais da Primeira Emenda são essencialmente irrelevantes ao sistema americano de liberdade de expressão tal como ele existe hoje. Os princípios centrais daquele sistema foram trabalhados pelas Cortes, principalmente pela Suprema Corte, por meio de um processo do *common law*: a Constituição viva em ação<sup>7</sup>.

Nesse cenário, observa-se que esse princípio foi desenvolvido e moldado por

---

<sup>6</sup> A Primeira Emenda da Constituição do Estados Unidos da América (1787) estabelece que "that Congress make no law respecting an establishment of religion or prohibiting its free exercise". Veja-se: THE WHITE HOUSE. **The Constitution**. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-constitution/>>. Acesso em: 07 nov. 2022.

<sup>7</sup> Em inglês, no original: "Obviously, they are not explicit in the spare words of the First Amendment. In fact, they are in some ways difficult even to reconcile with the words of the First Amendment. They are also not to be found in the intentions or understandings of the framers of The First Amendment. To put the point bluntly but accurately, the text and the original understandings of the First Amendment are essentially irrelevant to the American system of freedom of expression as it exists today. The central principles of that system have been worked out by the courts, principally the Supreme Court, through a common law process: the living Constitution in action." (STRAUSS, 2010, p. 56).



teses políticas e de moralidade política, buscando encontrar o melhor sentido para se obter bons resultados. É o que Strauss (2010) chama de método do *common law*, ou como rotulamos anteriormente, do processo substantivo da jurisdição do *common law*. Justamente por esse entendimento, o texto constitucional é um instrumento de garantia da estabilidade social, co-habitando com o método do *common law*, isto é, dos precedentes judiciais e dos princípios não escritos (STRAUSS, 2010).

Assim, a adoção do *common law* permite ao Poder Judiciário delimitar e definir quais princípios não escritos (*unwritten principles*) devem ser invocados, e de que forma deve ser interpretado em problemas jurídicos concretos. Veja-se que, na concepção dworkiana, o judiciário tem autoridade máxima para enunciar um corpo de normas fundamentado em princípios abstratos de moralidade política (GOLDSWORTHY, 2008; DWORKIN, 2010).

Diferentemente do que geralmente se pensa, os princípios constitucionais não escritos não são exclusivamente característicos de países de tradição do *common law* ou de países com constituições não escritas, como Inglaterra e Nova Zelândia, mas é recorrente também em locais com textos constitucionais escritos, como no caso do Brasil e dos Estados Unidos da América (GOLDSWORTHY, 2008; BARBOZA, 2014).

No sistema canadense, por exemplo, caracterizado pelo *common law*, considera-se princípios não escritos como uma supremacia do jusnaturalismo ou de princípios universais dos direitos humanos e da moralidade política (WALTERS, 2001). É por isso que a Suprema Corte do Canadá, nos casos *New Brunswick Broadcasting*<sup>8</sup>, *Provincial Judges*<sup>9</sup> e *Quebec Secession Reference*<sup>10</sup>, entendeu que a constituição é resultado de um conjunto de princípios escritos e de não escritos (TREMBLAY, 2012).

Ao apreciar o surgimento da Constituição escrita do Canadá, Mark Walters (2001) explica que ela surge num contexto que formou o pensamento do *common law* de

---

<sup>8</sup> O caso *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia* (1993) discutiu a manutenção dos privilégios parlamentares, sendo que esses direitos não estavam codificados no texto constitucional. A Suprema Corte entendeu que embora o sistema jurídico do país seja de *common law*, com a adoção de uma constituição escrita, não há impedimento para a utilização de princípios não escritos, até pela força normativa do preâmbulo da Constituição que admite princípios não escritos. Ver, a respeito: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/957/index.do>>. Acesso em: 19 out 2022.

<sup>9</sup> A Corte decidiu que o princípio da independência dos juízes é uma norma não escrita, reconhecida e confirmada pelo Preâmbulo da Constituição. Ver: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1541/index.do>>. Acesso em: 19 out 2022.

<sup>10</sup> O caso *Reference Secession of Quebec* (1998) trata da constitucionalidade da separação da província de Quebec do Canadá. A Corte entendeu que seria necessário uma emenda constitucional prévia, haja vista o princípio constitucional não escrito do federalismo canadense. Ver, a respeito: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>>. Acesso em: 20 out. 2022.



que o direito fundamental não escrito é visto como afirmação da supremacia do direito natural, da razão legal ou de princípios universais de moralidade política e direitos humanos acima da lei.

Deve-se ter em vista que, enquanto a Constituição escrita é vista como o direito como representação da vontade soberana (*law-as-sovereign will*), a Constituição não escrita funciona com a lógica do direito como fruto da razão (*law-as-reason*). Ou seja, o direito não escrito (*unwritten law*) seria uma metáfora que representa uma espécie de proposição jurídica que é derivada por meio de um discurso racional no qual proposições jurídicas específicas, direta ou indiretamente relevantes ao caso em questão, são examinadas, não como expressões fundamentais de regras que esgotam o direito em tela, mas como manifestações de princípios mais abstratos de uma razão secundária. A partir do qual, depois de uma oscilação interpretativa entre as proposições específicas e os princípios gerais que as pressupõem, e tendo em devida consideração a aspiração de igualdade de razão, outras proposições jurídicas específicas podem ser derivadas (WALTERS, 2008).

Assim, o direito não escrito (*unwritten law*) não se constitui apenas de costumes históricos ou da razão natural. É, na verdade, um discurso racional que busca uma unidade da razão mediante uma ascensão indutiva de manifestações particulares de princípios gerais aos princípios gerais propriamente ditos, e, em seguida, uma descida de volta ao nível de especificidade para articular as novas regras ou direitos que concordam, em princípio, com as normas e os direitos estabelecidos (WALTERS, 2008).

Desse modo, os princípios não escritos são deduzidos de forma indutiva ou dedutiva, como por exemplo, no caso do princípio da liberdade de expressão, em que é possível decorrer à liberdade de expressão para criticar o governo como uma consequência lógica desse direito (STRAUSS, 2010). Em nosso país, é possível observar na jurisprudência a aplicabilidade de princípios não escritos, como por exemplo, no princípio da presunção da inocência<sup>11</sup> (BARBOZA, 2014).

Há, portanto, uma convergência entre o direito escrito e o não escrito segundo

---

<sup>11</sup> Destaca-se as ADCs (Ações Declaratórias de Constitucionalidade) n. 43, 44 e 54, em que o STF entendeu que o princípio da presunção de inocência deve ser invocado indutivamente no artigo 5º, incisos LVII e XXXVI, da Constituição Federal (1988). Nesse sentido, esses dispositivos constitucionais estabelecem que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ver, a respeito: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>. Acesso em: 23 out. 2022.



o *common law*. O direito escrito seria aquele que apenas exaure o direito que está em discussão de um modo relativo. Na verdade, o significado das expressões gerais e abstratas do direito escrito nos casos individuais é definido por meio do compromisso judicial com a igualdade, ou com o amplo senso de equidade garantido pela racionalidade do direito não escrito. Ainda, é possível afirmar que a *rule of law* estabelecida em expressões promulgadas pelo legislador, pode ser considerada mais tarde como uma mera reflexão de princípios jurídicos mais abstratos dos quais outras regras logicamente consistentes com eles podem ser identificadas (WALTERS, 2008).

Ou seja, pode-se aplicar o método indutivo que se aplica aos textos enunciados nas decisões judiciais para se alcançar os princípios gerais também às normas escritas, verificando-se que estas não passam de expressões escritas de princípios não escritos. Portanto, o que era direito escrito pode, por meio de fundamentação judicial, tornar-se direito não escrito (WALTERS, 2008).

Não se pode perder de vista que as expressões direito escrito (*written law*) e direito não escrito (*unwritten law*) não se referem à existência ou à ausência de documentos constitucionais, mas metáforas que simbolizam diferentes perspectivas de interpretação constitucional (GOLDSWORTHY, 2008).

Destarte, a principal diferença entre direito escrito e não escrito, não está na presença ou na ausência de uma Constituição ou documento constitucional escrito, mas na diferença entre um sistema no qual os juízes dão especial significado a proposições gerais e abstratas do direito constitucional, que estão expressas formal e solenemente, e outro sistema no qual os juízes articulam o direito constitucional inferindo princípios gerais de um conjunto de proposições jurídicas não estabelecidas de modo formal ou solene (WALTERS, 2008).

A partir desse entendimento, pode-se sintetizar que existem pressupostos vitais por detrás da codificação, categorizando-se por princípios não escritos (BARBOZA, 2014). Seguindo essa lógica, no caso da secessão de Quebec, foram identificados os seguintes princípios constitucionais não escritos: federalismo, democracia, constitucionalismo e estado de direito, independência do poder judicial, dentre outros (TREMBLAY, 2006). Dessa maneira, estes princípios não escritos não expressam necessariamente a vontade original do legislador, mas dão sentido ao corpo constitucional, lido de acordo com a história e os precedentes judiciais (TREMBLAY, 2012).

No que tange à existência de um constitucionalismo não escrito, a Corte



canadense entendeu que não obstante sua constituição ser primordialmente escrita, resultado de 131 anos de revolução, atrás do texto codificado, há uma linhagem histórica que evolui e auxilia o entendimento dos princípios constitucionais basilares. Dessa maneira, os princípios não escritos não devem ser definidos isoladamente, mas na conjuntura constitucional do *common law*. Para além disso, entende-se que o direito constitucional não escrito é produto das fontes costumeiras do constitucionalismo canadense (SUPREME COURT OF CANADA, 2022).

Para Luc Tremblay (2012), os princípios não escritos carregam três funções: hermenêutica fundamental, interpretação constitucional e criação. O primeiro aspecto concebe os princípios não escritos como substanciais para a estrutura constitucional canadense, sustentando e dando sentido ao texto constitucional. O segundo aspecto diz respeito a orientação e interpretação do texto, isto é, indicam a finalidade ou o *telos* da constituição. Considerando que a Constituição é instituída como uma árvore viva, os princípios justificam a interpretação evolutiva e de desenvolvimento do texto constitucional, sem necessidade de alteração literal da norma. Por fim, a terceira função seria de criação, justificando o surgimento de normas mais específicas e concretas, de modo a preencher as lacunas existentes no texto constitucional (TREMBLAY, 2012).

Em suma, o texto escrito é um ponto de partida, compartilhado pela comunidade, contudo não se restringindo à mera codificação (TREMBLAY, 2012). Todos esses entendimentos jurisprudenciais discutidos, retratam a teoria de *Lex non scripta* como lei fundamental no sistema jurídico do *common law* canadense (BARBOZA, 2011). Veja-se que, há uma semelhança de inovação de normas não escritas semelhante ao caso da constituição não escrita do *common law* inglês (WALTERS, 2008). Portanto, a tradição do *common law* não é construída sobre um texto autoritário e sagrado, intitulado de Constituição, mas se arquiteta por meio de precedentes, tradições, que se desenvolvem e evoluem ao longo do tempo (STRAUSS, 2010).

### Considerações finais

O presente trabalho desmistificou uma suposta divisão entre o constitucionalismo escrito com o não escrito do *common law*, apresentando os principais pontos que definem e que caracterizam essa prática constitucional. É nesse contexto que



o constitucionalismo não escrito constrói uma ponte com o texto literal, produzindo novos caminhos interpretativos para a efetivação de direitos humanos e fundamentais.

Nesse sentido, entendemos que a Constituição não deve ser compreendida exclusivamente pelo que decorre de uma leitura literal do seu texto, tendo em vista que sua codificação é mero ponto inicial, mas nunca final. Sendo assim, a principal diferença entre o constitucionalismo escrito e não escrito não está relacionado à existência (ou não) de documentos codificados, mas na possibilidade de novos sentidos conceituais à carta constitucional a partir de uma construção lógica interpretativa.

A constituição é entendida pelo que construímos, interpretamos e somos, como sujeitos constitutivos de uma sociedade (PITKIN, 1987) e dependem dos consensos de moralidade política do contexto em que são interpretadas.

Por isso, a constituição no constitucionalismo não escrito do *common law* nunca é estática, mas sempre evolutiva conforme o tempo histórico, de modo a edificar novas conjunções, ainda que não necessariamente existam mudanças formais. Este é um ponto fundamental, isto é, entender a constituição como um instrumento vivo, não inerte, e sempre em renovação.

Pois bem, esse constitucionalismo não escrito é ancorado em precedentes judiciais (*stare decisis*), haja vista a necessidade de racionalidade e coerência e integridade em suas decisões. Parece, então, que o constitucionalismo não escrito apresenta uma definição interpretativa, argumentativa, e encadeada logicamente entre decisões anteriores, e sempre em evolução. Justifica-se, desse modo, a aproximação do modelo dos métodos do *common law* e a teoria de Ronald Dworkin (2006), por instituir o valor da coerência e da integridade na interpretação judicial. No aspecto formal, o direito não escrito do *common law* apresenta um discurso racional, colocando o direito como integridade como aspecto principal, haja vista que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito. Em sentido substantivo, essa racionalidade garante parâmetros mínimos vinculados ao estado de direito e ao devido processo legal.

Veja-se que, decisões judiciais podem invocar novos princípios constitucionais, desde que se contextualizem com o sentido histórico, cultural, político e social de uma comunidade. Assim, através do método indutivo, torna-se possível subtrair princípios gerais e abstratos e aplicá-los em casos concretos ou em enunciados jurídicos, de modo a garantir novos direitos. Dessa maneira, há um impulsionamento entre enxergar a



constituição como um instrumento vivo e a indução de princípios constitucionais não escritos, instituindo o devido processo substantivo do *common law*.

Por fim, considerando os casos canadense e estadunidense, os resultados alcançados demonstram que a dimensão não escrita do texto constitucional permite definir a constituição como um instrumento vivo, e em constante mutação. É por isso que a jurisprudência da suprema corte desses países arquiteta novos sentidos constitucionais, fundamentando-se em princípios não escritos, não se limitando formalmente a codificação do texto constitucional.

### Referências bibliográficas

ALLAN, Trevor Robert Seaward. In defence of the Common law Constitution: unwritten rights as fundamental law. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, n. 5, pp. 1 - 18, 2009

\_\_\_\_\_. The Myth of the Common Law Constitution. In: EDLIN, Douglas. **Common Law Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007

AMAR, Akhil Reed. **America's unwritten constitution: the precedents and principles we live**. Nova Iorque: Basic Books, 2012

BAKER, John. The Unwritten Constitution of the United Kingdom. **Ecclesiastical Law Journal**, v. 15, n. 1, pp. 6 - 27, 2013

BANKOWSKI, Zenon; et al. Rationales for Precedent. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Ashgate: Hants, 1997, p. 487

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do Civil Law e do Common Law. **Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, pp. 1456 - 1486, 2018

\_\_\_\_\_. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 56, pp. 177 - 207, 2014

\_\_\_\_\_. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 264, 2011

\_\_\_\_\_. Common law e civil law: aproximações para além de uma Constituição escrita. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. Organização do Estado e dos Poderes. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. II, p. 623-650



BARBOZA, Estefânia; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, pp. 1 - 34, 2019

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discusso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995, p. 68

DICEY, Albert. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. Londres: Macmillan, 1959

DICKSON, Brice. **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007

DYZENHAUS, David. The Unwritten Constitution and the Rule of Law. In: BRODIE, Ian; HUSCROFT, Grant. **Constitutionalism in the Charter Era**. Toronto: LexisNexis, 2004

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 355

EDLIN, Douglas. Introduction. In: \_\_\_\_\_. **Common Law Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Unwritten Constitutional Principles. In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution**. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 279

\_\_\_\_\_. The Myth of the Common Law Constitution. In: EDLIN, Douglas. **Common Law Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007

GRIFFITH, John Aneurin Grey. The Political Constitution. **Modern Law Review**, v. 42, n. 1, pp. 1- 21, 1979

HARRIS, Bruce. Judicial Activism and New Zealand's Appellate Courts. In: DICKSON, Brice. **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 273-322

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters**: The Renaissance of Comparative Constitutional Law. First edition. Oxford: Oxford University Press, 2014

LECLAIR, Jean. Canada's unfathomable unwritten constitutional principles. **Queen's Law Journal**, v. 27, pp. 406-407, 2002



MACDONNELL, Vanessa. Rethinking the invisible constitution: how unwritten constitutional principles shape political decision-making. **McGill Law Journal — Revue de droit de McGill**, v. 65, n. 2, pp. 175 - 205, 2019

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. Califórnia: Stanford University Press, 2007

PINARD, Danielle. **Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada**. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/13364/Certaines%20utilisations%20de%20principes%20constitutionnels%20implicites%20par%20la%20Cour%20supr%C3%Aame%20du%20Canada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 16 out. 2022

PITKIN, Hanna. The Idea of a Constitution. **Journal of Legal Education**, v. 37, n. 2, pp. 167-169, 1987

ROSSI, Amélia Sampaio. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: o estreitamento das fronteiras conceituais e a necessidade de um diálogo entre a órbita jurídica interna e internacional. **Opinião Jurídica**, v. 18, n. 37, pp. 209-230, 2019

STRAUSS, David. **The Living Constitution**. Nova Iorque, Oxford University Press, 2010

\_\_\_\_\_. The Common Law Genius of the Warren Court. **Chicago Unbound**, University of Chicago Law School, v. 49, pp. 845 - 880, 2007

SUNKIN, Maurice. The United Kingdom. In: TACE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

SUPREME COURT OF CANADA. **Reference Secession of Quebec (1998)**. Disponível em: <<<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>>. Acesso em: 20 out. 2022.

THE WHITE HOUSE. **The Constitution**. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-constitution/>>. Acesso em: 07 nov. 2022

TREMBLAY, Luc. Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law: Dicey or Marshall? **Oxford University Commonwealth Law Journal**, pp. 77-101, 2006

\_\_\_\_\_. Les principes constitutionnels non écrits: fondement épistémologique et normatif. **Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles**, v. 17, n. 1, pp. 15 - 51, 2012

VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law. in: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco. **Practice and theory in comparative law**. New York: Cambridge University Press, 2012



VERGOTTINI, Giuseppe de. Introducción. In: VERGOTTINI, Giuseppe. **Derecho Constitucional Comparado**. Cidade do México: Universidad Autónoma do México, 2004.

WALTERS, Mark. Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism. In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution**. Essays in Constitutional Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. The Common Law Constitution in Canadá: Return of *lex no scripta* as Fundamental Law. **The University of Toronto Law Journal**, v. 51, n. 2, pp. 91-141, 2001

\_\_\_\_\_. Legal Humanism and *Law-as-integrity*. **Cambridge Law Journal**, v. 67, n. 2, pp. 352–375, jul., 2008

#### Sobre os autores

##### **Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

Professora Doutora no Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná e no Mestrado em Direito da UNINTER. Menção Honrosa no Prêmio Capes de Tese de 2012 pela tese "Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law" Sua tese de doutorado foi escolhida como a melhor de 2011 do PPGD da PUCPR. Doutora e Mestre em Direito pela PUCPR, com estágio doutoral (doutorado sanduíche) e bolsa CAPES na Osgoode Hall Law School (York University). E-mail: estefania.barboza@ufpr.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9829-5366>.

##### **André Demetrio**

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Graduando em História pela Universidade do Estado de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2017). Foi pesquisador convidado no Tribunal Constitucional da Espanha (2019). Ganhou a bolsa de estudo 'Excellence Scholarship' na Universidade de Genebra (2016). Vencedor do prêmio da Organização das Nações Unidas pelo trabalho voluntário realizado na Conferência Rio +20. É pesquisador no Centro de Estudos Constitucionais Comparados da Universidade de Brasília (CECC/UnB), e no Centro de Estudos da Constituição (CCONS/UFPR). Desenvolve pesquisas na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: constitucionalismo, direito constitucional comparado, direitos fundamentais, direitos humanos, justiça de transição, direito socioambiental e história do direito. E-mail: demetrio@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0082-5147>.

**Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.**

