

COMMON LAW AMERICANA E A *CONTRACT CLAUSE* DA CONSTITUIÇÃO

AMERICAN COMMON LAW AND THE CONSTITUTIONAL CONTRACT CLAUSE

Jonathan Bernandes Marcantonio¹
UNIMES

Resumo

O presente artigo tem como objetivo identificar a diferenciação existente entre Contratos Públicos e Privados no âmbito jurisdicional dos Estados Unidos da América. Por âmbito jurisdicional, se compreende, aqui, toda demarcação acerca do tema Contrato feita pela Legislação Americana Federal, mais precisamente aquela presente no *US Code*, bem como toda demarcação acerca do alcance conceitual do Contrato, sob olhar dos precedentes paradigmáticos da *US Supreme Court* a respeito da Proteção Constitucional aos Contratos Privados, previstos na denominada *Contract Clause*. Para tanto, o presente trabalho será dividido nas seguintes etapas. Em primeiro lugar (1) será apresentado o conceito de Fontes do Direito na tradição Norte americana e o alcance possível dentro da perspectiva singular do seu modelo Constitucional. Demarcado tal perspectiva, partiremos para (2) uma melhor compreensão do fenômeno de codificação presente no modelo Estadunidense e como historicamente se consolidou o *US Code* como o marco regulatório Federal e seus alcances. Superado esta etapa, partiremos para (3) a forma como o *US Code* regulamenta os Contratos Públicos no âmbito federal para, finalmente, compreendermos (4) como a *US Supreme Court* relaciona os Contratos Públicos e os Privados, a partir, especialmente da autonomia dos contratantes.

Palavras-chave

Contratos Públicos e Privados. Legislação Federal Estadunidense. Constituição dos Estados Unidos da América. Cláusula Constitucional de Proteção Contratual Privada. Precedentes.

Abstract

This paper aims to identify the existence of a differential perspective between Public and Private Contracts under the United States jurisdictional system. By thus, I understand in this very paper as all Landmark on Contract displayed in Federal Statute as well as in Supreme Court paradigmatically cases on Contract Clause and its transformation across the 18th, 19th and 20th Centuries. To achieve this goal, the present

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP). Pesquisador convidado do Instituto de Filosofia da Universidade Livre de Berlim (2008). Professor da UNIMES e Faculdade Damásio. Advogado atuante na área de Direito Internacional.

paper is divided on these following tasks: First of all (1) is presented the Concept in United States tradition on Sources of Law and its possible reach when inside in an unique Constitutional frame, such as the United State's Constitutional Frame. As a second step, (2) is presented briefly the codification phenom under the History of United States Law development, followed by (3) the way that the U.S. Code rules the Federal instance of Public Contracts, ending at (4) the U.S. Supreme Court evolutionary perspective under the Constitutional Contract Clause.

Keywords

Public and Private Contracts. U.S. Federal Statutes. U.S. Constitution. Contract Clause. U.S. Supreme Court landmark cases.

INTRODUÇÃO

Sob a perspectiva da tradição Anglo-Saxônica de Direito (*Common Law*) há uma crescente tendência de se ajustar a grau de relevância de suas fontes de Direito a uma perspectiva formal – e Global – daquilo que podemos delimitar como uma espécie de *intercâmbio de relevância* de Fontes do Direito presente na distinção - cada vez mais diluída - entre *Sistemas Jurídicos*². Por sua extensão abarcar todos os ramos do Direito, vimos que o Direito Privado, como um todo, já não se utiliza mais de bases tradicionais bem demarcadas no âmbito de um Sistema ou de outro para Justificar delineamentos conceituais. As distinções originais que rondavam os primórdios das respectivas tradições³ tendem a se flexibilizar, haja vista a enorme influência recíproca que ronda os Sistemas desde mais fortemente o Século XIX.

Isso não quer dizer, contudo, que haja uma exata apropriação de Institutos Jurídicos de um Sistema, por parte do Outro que o recepciona, ao contrário. Muitas das vezes, Institutos são recepcionados a partir de uma lógica

² *Sistemas Jurídicos*, compreendidos aqui sob os auspícios conceituais que delimitam as distintas tradições jurídicas ocidentais, a saber, a Tradição Romano-Germânica e a Tradição Anglo-Saxônica. Foi preferido, por sua extensão conceitual a utilização do termo assim como faz LOSANO, M. G. **Os grandes Sistemas Jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo. Martins Fontes. 2007. 676 pp.

³ Na literatura Nacional sobre o tema, uma excelente abordagem sobre as matrizes originárias de cada um dos Sistemas pode ser encontrado em VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law – Os dois Grandes Sistemas Legais Comparados**. Porto Alegre. SAFE. 2007.

Sistemática completamente distinta daquela que o cunhou, o que resulta, naturalmente, em um Instituto outro, que não aquele originário⁴. Existe claramente uma racionalidade própria de cada Sistema que se manifesta - ainda de forma mais específica - quando da realização desse Sistema em um Ordenamento Jurídico próprio, o que justifica as diferenças entre Ordenamentos Jurídicos, ainda herdeiros de uma mesma Tradição Sistêmica. Se assim ocorre em Ordenamentos Jurídicos herdeiros de uma mesma tradição, o que se pode dizer entre Ordenamentos Jurídicos herdeiros de Sistemas Jurídicos distintos.

Nesse sentido, e pensando no Ordenamento Jurídico Estadunidense, cunhado entre os Séculos XVIII e XIX, já é de se pensar em uma estrutura de Direito diversificada, com elementos desenvolvidos a partir das duas principais tradições ocidentais de Direito: A Anglo-saxônica (*Common Law*) e a Romano-germânica (*Civil Law*). Disso se desdobra um sistema jurídico muito particular e que tenta acomodar os fontes de ambas as tradições citadas de maneira mais efetiva possível. Trata-se, portanto, de um sistema legal que tenta acomodar a matriz tradicional de fontes da *Common Law* herdada quando de sua época como colônia Inglesa com as fontes da *Civil Law*, herdada, de maneira indireta, quando da incorporação ideológico-Político da França em seu período de independência. Seria, portanto, um erro ignorar o papel da Lei Escrita (*Statute Law*) no desenvolvimento do Direito Norte-Americano.

A Harmonização, contudo, de tais Fontes não se mostra tarefa fácil, nem no momento de relação com a ordem Pública, tampouco na forma de regulamentar ações entre indivíduos. Creditar a modelos jurídicos de preponderância tradicional anglo-saxônica uma simplicidade maior que a de modelos romano-germânicos é ignorar toda a complexidade inerente a uma relação jurisdicional demarcada por um formalismo complexo, o que se complica ainda mais quando, do seio de uma matriz jurídica de precedentes,

⁴ No Brasil, por exemplo, quando dos debates acerca das inovações trazidas pelo então Novo Código de Processo Civil, um dos debates de maior relevo foi àquele inerente ao novo papel dos Precedentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo havido quem dissesse que isso nos aproximaria da *Common Law*. Um ensaio interessante sobre esse percurso pode ser encontrado em MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 2ªEd. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

se eleva a Lei escrita a uma relevância Constitucional. Assim, a compreensão de tal dinâmica é fundamental para se compreender a lógica contratual presente no modelo jurídico Norte-americano para além das composições conceituais doutrinárias sobre o tema, já que há indubitavelmente um debate sobre teorias contratuais que objetiva demarcar conceitualmente o instituto na mentalidade jurídica estadunidense, mas não se preocupa em identificar o alcance jurisdicional desse instituto, que é caracterizado, de saída, a partir de uma diferença entre Contratos Públicos e Privados.

É nesta seara que se realiza o presente trabalho. O objetivo aqui, portanto, é identificar a diferenciação existente entre Contratos Públicos e Privados no âmbito jurisdicional da tradição anglo-americana ou, simplesmente, Ordenamento Jurídico estadunidense. Por âmbito jurisdicional, se compreende, aqui, toda demarcação acerca do tema Contrato feita pela Legislação Americana Federal, mais precisamente aquela presente no *US Code*, bem como toda demarcação acerca do alcance conceitual do Contrato, sob olhar dos precedentes paradigmáticos da *US Supreme Court*. Para tanto, o presente trabalho será dividido nas seguintes etapas. Em primeiro lugar (1) será apresentado o conceito de Fontes do Direito na tradição Norte americana e o alcance possível dentro da perspectiva singular do seu modelo Constitucional. Demarcado tal perspectiva, partiremos para (2) uma melhor compreensão do fenômeno de codificação presente no modelo Estadunidense e como historicamente se consolidou o *US Code* como o marco regulatório Federal e seus alcances. Superado esta etapa, partiremos para (3) a forma como o *US Code* regulamenta os Contratos Públicos no âmbito federal para, finalmente, compreendermos (4) como a *US Supreme Court* relaciona os Contratos Públicos e os Privados, a partir, especialmente da autonomia dos contratantes. Passemos, então a desenvolver os temas em tela.

1. Fontes e Constituição

A denominação *Fontes Primárias* e *Fontes Secundárias* não é estranha ao modelo estadunidense, muito embora designe natureza diversa daquela apresentada no modelo Brasileiro, por exemplo. Neste último, ambas designam certa hierarquia de *aplicação*, conforme se vê no art. 4º da Lei de

Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB): “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*”. Já no primeiro, a categorização entre primárias e secundárias se dá precisamente na aptidão de sua aplicabilidade, sendo considerada como primárias aquelas (...) *fontes normativas que criam direitos e obrigações. De maneira simples, são o direito – fontes do direito positivas que carregam a força do direito*⁵, e como secundária aquelas de aptidão *interpretativa*, sem qualquer caráter *vinculante*.

Essas fontes não são consideradas direito propriamente dito, já que não têm o poder de criar direitos e obrigações legais. Em vez disso, elas explicam discutem interpretam, ressaltam, criticam e buscam por mudanças no direito. Incluem resenhas sobre direito ou artigos científicos, dissertações, cartilhas, enciclopédias jurídicas, *Restatements* e outras fontes doutrinárias. Leis uniformes e modelos também são importantes fontes de autoridade secundária.

As fontes de direito secundária não são vinculantes ou imperativas, embora as cortes possam consultá-las na ausência de fonte primária vinculante, ou para melhor entender e interpretar a fonte primária. Algumas são muito úteis para aqueles que atuam na prática, enquanto outras são importantes somente para acadêmicos.⁶

No contexto do presente artigo, é de relevo apresentarmos apenas as denominadas *Fontes Primárias*, reservando a análise das *Secundárias* para outra ocasião. Neste sentido, nota-se que não há uma hierarquia entre os tipos de fontes, mas sim, papéis distintos. Por outro lado, isso não quer dizer, contudo, que dentre as *Fontes* denominadas *Primárias* não haja hierarquia. A Hierarquia entre as fontes primárias existe e isso se dá,

⁵ FINI, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo. Martins Fontes. 2011. p. 51

⁶ FINI, Toni. **Op. Cit.** p. 52.

precisamente pela estrutura Constitucional do Direito Estadunidense e a acomodação deste modelo com sua tradição jurídica⁷.

É na própria Constituição que se encontra, e na qual é amparada, a primazia das Leis Federais perante qualquer outra fonte primária (incluindo as leis Estaduais), reservando ainda, a obrigação de todas as autoridades Federais e Estaduais em obedecer e cumprir a Constituição. Tal primazia está amparada no Artigo VI da Constituição:

(...) Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os estados estarão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou as leis de qualquer um dos estados.⁸

Desta forma, conseguimos inferir que a *Lei Federal*, com destaque para a Constituição Estadunidense é, dentre as fontes Primárias, a de maior hierarquia, seguida pela legislação estadual, a respeitar, naturalmente, o alcance jurisdicional de cada Estado tanto em âmbito

⁷ A Constituição Americana tem uma proposta e estruturação completamente distinta da nossa Constituição Federal e não acomoda nenhuma possibilidade de comparação com esta, haja vista o escopo diverso e o contexto histórico completamente distinto dos quais surgiram. A Constituição Americana possui 07 (sete) artigos, todos procedimentais, que se resumiram a apresentar a competência dos poderes (sem detalhar minuciosamente suas atribuições) e dos Estados membros. Sendo assim, ela é dividida em: Art I: Poder Legislativo (Congresso Nacional); Art. II. Poder Executivo; Art.III. Poder Judiciário; Art. IV. Competência dos Estados da Federação; Art. V. Critérios para Emenda a Constituição; Art. VI. Respeito ao Ato Jurídico Perfeito, Coisa Julgada e ao Direito Adquirido e; Art. VII. Vigência da Constituição. As Emendas Constitucionais (São 27 ao todo) tratam de versar em sua esmagadora maioria de Direitos Materiais, tema ausente no corpo de texto dos Artigos da Constituição Americana.

⁸ Tradução do Original: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every States hall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*” Tradução encontrada em FINI, T. M. **Op. Cit.** p. 144.

espacial, como material, neste ultimo caso, determinada residualmente⁹ a partir da competência do Congresso Nacional Estadunidense, previsto no Artigo I, Seção 8 da Constituição.

Dentro de uma exegese constitucional estadunidense, podemos identificar, ainda, outras formas de *Fontes Primárias*, além da Lei. Isso é possível quando da análise do artigo III, Seção 2, que versa sobre a competência do Poder Judiciário e ainda as possíveis bases de solução dos casos trazidos até ele a partir da aplicação de *Lei* e da *Equidade*, *in verbis*:

*A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da lei e da equidade ocorridos sob a presente Constituição, às leis dos Estados Unidos e aos tratados concluídos, ou que se concluírem sob sua autoridade. (...).*¹⁰

2. Equidade e *cases*.

A expressão Equidade, no contexto em que se apresenta no trecho do artigo supracitado se estabelece sob a mesma conotação que a expressão equidade em nosso ordenamento, inclusive no que concerne à absorção errônea do termo. Normalmente, a expressão Equidade é vinculada à pessoa do Magistrado, atribuindo, nesse caso, uma inexorável dependência entre as crenças e valores do magistrado em tela, o que normalmente inclina-se a criticamente a concluir certa insegurança e relativismo nas decisões proferidas sem amparo legal, o que também remete uma preferência majoritária de qualquer jurista à aplicação do texto da lei.

⁹ Essa competência residual, por assim dizer, de fato, se apresenta na Constituição Americana mais como um impedimento ao exercício uniforme dos Poderes Federais, do que, propriamente, uma competência sobressalente e restante da competência Federal, como especificado na Décima emenda à Constituição americana, que estabelece: “*Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negada aos estados, são reservados ao estado e ao povo*”. Tradução encontrada em: FINI, T. M. **Op. Cit.** p. 147.

¹⁰ Tradução do Original: “*The judicial Power shall extend to all cases, in Law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under the authority; to all cases (...)*” Tradução encontrada em FINI, Toni. **Op. Cit.** p. 143.

Obviamente tais inseguranças existem na rotina do poder judiciário, mas elas também coexistem com uma aplicação sóbria de valores partilhados pela comunidade em tela, com o intuito de parear e equilibrar as relações das partes em contenda. Nesse caso, os valores comunitários se confundiriam com a Equidade em si. O julgador, nesse sentido, criava regras (*Rules*) para a aplicação desses valores, fato melhor identificado no berço da Common Law, a Inglaterra, cuja uma das fontes mais importantes vinculadas a aplicação de valores partilhados é denominada de *Rules of equity*¹¹.

No modelo Estadunidense, entretanto, há uma institucionalização da Equidade em dois momentos distintos: O primeiro momento é o momento de consolidação e sedimentação normativa dos valores que poderiam nortear o processo de equidade, esses valores estão presentes nas Emendas de Constituição Americana, especialmente na denominada *American Bill of Rights* de 1789 que nada mais é do que o conjunto das dez primeiras emendas americanas, aprovadas pelo Congresso Americano de uma só vez. O Segundo momento é precisamente o momento em que a Constituição atribui o poder de Julgador (*Ruler*) ao Poder Judiciário, no já citado Artigo 3º, seção II da Constituição Americana. Em outras palavras, é precisamente daí que surge o conceito de *Cases* como precedentes vinculantes à interpretação de leis e contendas à luz dos valores presentes na já citada Constituição Americana. Esse seria o alcance material dos *Cases* que, contudo, possuem também um aspecto formal, tradicionalmente herdado da Common Law Inglesa e que é denominado *Stare Decisis*¹² e que foi operacionalizado na tradição americana a partir da verificação de quatro itens fundamentais (muito embora sua compreensão exija um quadro muito mais complexo e extenso que isso, mas fora do escopo do presente trabalho). Desta forma, será a verificação destes quatro itens que vai delimitar a vinculação da decisão de um caso a outro. São eles¹³: “1. *Similaridade das questões legais apresentadas*; 2. *Relação entre as Cortes que*

¹¹ Importantes considerações sobre esse tema podem ser encontradas em: CAENEGEM, R. C. **The Birth of the English Common Law**. 2015. Cambridge Press. Cambridge UK e em DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2006. 160 p.

¹² FINE, T. M. **Op. Cit.** pp. 76-86.

¹³ FINE, T. M. **Op. Cit.** p. 79.

trataram dos casos em tela; 3. A similaridade dos fatos apresentados e; 4. Se há alcance e intersecção entre os princípios legais em tela.”

2. Leis estatutárias e Codificação

Deste quadro apresentado acima, podemos afirmar com segurança que são fontes Primárias do Ordenamento Jurídico Estadunidense, tanto as Leis (Constitucionais, Federais e Estaduais), como os precedentes vinculantes, havendo claramente uma preponderância pela Constituição, seguida pela Lei estatutária (*Statute Law*) Federal e, residualmente, as leis estatutárias Estaduais. Aqui, o antagonismo entre Lei e Precedentes se esvai, já que estes são utilizados precisamente, como visto acima, como formas institucionais de compreensão da lei, seja em sentido lato ou estrito, com o claro escopo de *Integração* de todo sistema judiciário, amparado pelas razões de *Previsibilidade*, *Justiça* (procedimental), *Eficiência Judiciária* e *um claro processo de tomada de decisão*¹⁴.

Na tradição Romano-germânica da qual o Brasil herda a sua estrutura de Direito, a preocupação com os elementos acima elencados também aparece, contudo a sua forma de solução não está em uma atribuição precípua do judiciário, mas sim da própria forma que se apresenta a regulação do Direito em si. Para nossa tradição, os elementos que devem resultar em um Direito *Integro*, que sob nossa perspectiva, se resulta de um Ordenamento Jurídico *Coerente e Completo*¹⁵ não se encontra diretamente nas incumbências regimentais dos Magistrados, mas sim na disposição Metodológica da Própria Lei, a saber, *o Código*. A codificação, nesse sentido se estrutura sobre aquelas premissas já bem e reiteradamente elucidadas que podem ser concisamente apresentadas como “*um esforço técnico de domínio*

¹⁴ FINE, T. M. **Op. Cit.** pp. 76-8.

¹⁵ Cf. BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Caps. 2 e 3.

prático de um material, conforme as exigências da decidibilidade de conflitos”¹⁶ que, por muitas vezes se relaciona a partir de uma divisão lógica, ou tópica entre uma unidade temática, dividida, entre uma parte geral (principiológica e interpretativa, mesmo via dispositivos normativos) e uma parte especial, concreta e pautada na tradição alemã inaugurada por Savigny¹⁷. Desta forma, podemos inferir que a expressão Código, em nossa tradição jurídica, remonta a uma estruturação metodológica específica, que tem por objeto, uma temática jurídica uniforme e esforçadamente tratada por parâmetros principiológicos e conceituais comuns. O veículo legislativo para tanto, dentro de nosso Ordenamento Jurídica atual, ou seja, a partir da Promulgação da Constituição Federal de 1988, é a Lei Ordinária Federal, não podendo, neste caso, Sr confundido o escrutínio formal-legislativo e o trato metodológico de seu conteúdo. É nesse último que a expressão *Código* faz algum sentido.

No modelo jurídico estadunidense, a preocupação com o acesso à disposição regulatória Federal também é presente. A tentativa de facilitar o acesso ao conjunto de Normas Jurídicas Federais frutos de um processo legislativo se apresenta como desdobramento da transparência pública, característica de regimes Democráticos. Nesse sentido, o processo legislativo do Congresso Nacional americano se vale de formas de catalogação e publicidade legislativas que, contudo, a partir da terminologia utilizada, pode levar o jurista formado em uma escola de tradição romano germânica a erro.

A expressão Código, expressa em Inglês (*Code*). Está presente no modelo de legislação federal do Direito Estadunidense, contudo, não se apresentando como se apresenta os Códigos no modelo Romano-germânico. A grande distinção está, precisamente na sua forma de organização, sendo o *Code* americano, muito mais uma *Compilação* de Leis Federais, do que propriamente uma estrutura Codificada, uma vez que, conforme o disposto anteriormente, está ausente uma preocupação de organização tópica, ou lógica; uma distinção entre parte geral e especial,

¹⁶ FERRAZ Jr, T.S. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 6ªEd. SP. Atlas. 2011. p. 204.

¹⁷ *Idem*. p. 206.

tampouco uma unidade temática. Ainda assim, esse modelo Legislativo é denominado de *United State Code* (USC), ou apenas *US Code*.

A primeira aparição do *US Code* se deu em 1920, num esforço de unificar toda a legislação federal produzida até o momento, com todos os diversos temas estruturados em um único instrumento legal. Esse esforço já vinha sendo realizado e tentado por várias vezes, desde a segunda metade do século XIX. Atualmente, ele é composto de 53 Títulos, cada um deles dedicado a um tema em especial e, diferentemente da estrutura codificada de nossa legislação, há uma republicação oficial a cada seis anos, com as alterações realizadas ao longo desse período. Essa publicação é feita pelo próprio Congresso americano, mais precisamente, pela Casa dos Representantes (*House of Representatives*). Contudo, esses 53 títulos não são compostos como uma unidade temática, tampouco organizados e interpretados a partir de uma parte geral interpretativa e conceitual. Cada um dos temas corresponde a diversas matérias de direito, que podem ir, p.ex. da Organização do Governo e de seus servidores (Título 5), até Arbitragem (Título 9) sem uma lógica aparente.¹⁸

Mesmo não havendo uma lógica aparente, é notório, quando da análise topográfica dos Títulos que compõem o *US Code*, que todos eles trazem um vínculo identitário, no que concerne a seu status de *Interesse Público*. Aliás, no prefácio da primeira versão do *US Code*, tal preocupação se mostra de maneira expressa, quando expressa: *Essas duas casas* (Senado e Casa dos Representantes) *subordinaram seus interesses privados para o Interesse Público e teve como resultado algo que seria impossível sem elas*.¹⁹ Além disso, é

¹⁸ Informações adquiridas no site do Escritório do Conselho de Revisão Legal da Casa dos Representantes (*Office of the Law Revision Counsel – House of Representatives*): <http://uscode.house.gov/olrhome>. Acessado em 25 de abril de 2018, às 11h48m (Horário de Brasília).

¹⁹ Tradução livre, do Original: “*These two houses have subordinated their private interests to the public good and have produced a result which would have been impossible without them.*” FITZGERALD, R. G. *The Code of the Laws of The United States of America - Prefácio*. Parágrafo 3. Em Sítio eletrônico da Livraria do Congresso dos Estados Unidos da América: <http://cdn.loc.gov/service/ll/uscode/uscode1925-00100/uscode1925-001000003/uscode1925-001000003.pdf>. Acessado em 25.04.2018 às 14h11m (Horário de Brasília).

importante destacar que o *US Code*, como legislação federal, é produzido pelo Congresso Nacional e, desta forma, deve obedecer as atribuições que são de competência dessa Assembléia, que são aqueles expostos No Art. I, Seção 8 da Constituição Federal Estadunidense, o que nos faz também concordar com a opinião de que: “ (...) *Em sua maioria, os poderes conferidos ao Congresso Nacional são aqueles que se esperam de um governo nacional, em especial aqueles indispensáveis à unidade Nacional*”.²⁰

3. *US Code*, *UCC* e a regulação de contratos públicos e privados.

É nesse contexto de interesse público e Unidade Nacional que o *US Code* se preocupa, em seu título 41 na regulamentação Federal acerca dos Contratos Públicos. Diferentemente do que se apresenta na legislação Licitatória pátria, o processo de contratação do Governo Federal Estadunidense segue padrões de escolha muito distintos que, presentes na Legislação em questão podem ser considerados modelos de *Compliance* para evitar perversão e dano ao Governo Federal como um todo, e não apenas ao Erário. Neste sentido, a qualidade do produto e da execução, também importa e são levados em considerado, para fins de firma do Contrato, todos eles dispostos no parágrafo 152, do Sub-capítulo III do Título 41 do *USC*, que versa sobre procedimentos competitivos (*Competitive procedures*), além daqueles também presentes ao longo de todo o título 41. Além disso, se institui um escritório específico para controle dos contratos públicos federais, o denominado Escritório Federal de Políticas Licitatórias (*Office of Federal Procurement Policy*), no parágrafo 1101 que possui como atribuições:

- (1) prover direções gerais de Políticas Licitatórias do Governo Federal como um todo, bem como regulações, procedimentos e formas para agencias executivas, e;

²⁰ FINE, T. M. **Op. Cit.** p. 11.

(2) promover economia, eficiência e efetividade nos bens e serviços contratados licitatoriamente pela bancada executiva do Governo Federal²¹.

Atrelados, tais propósitos a uma série de padrões, definições e regulamentações acerca de todos os limites, formais, financeiros, materiais e valorativos dos Contratos Públicos, o Título 41 traz em seu bojo a preocupação detalhada e regulamentadora das relações contratuais do Governo Federal, mas apenas isso. Não há, em todo o título 41, qualquer menção a aplicação de tais elementos, mesmo os mais principiológicos, a contratos privados.

A razão de tal omissão é a Competência Constitucional para tanto. A partir da leitura da Competência do Congresso Nacional Americano, presente no Art. I, Seções 8 e 10 da Constituição, c/c a Décima emenda – como já mencionado no item 1 do presente artigo, podemos inferir com boa precisão de que a regulação comercial em sentido amplo (bens e serviços) que não envolvam como parte o Governo Federal, não pode ser objeto de regulamentação Federal, mas apenas Estadual. Sendo assim, a cada Estado da Federação é permitido legislar, sem a intervenção da Legislação Federal acerca dos moldes dos Contratos a serem firmados entre particulares e, até mesmo, àqueles que envolvam seus respectivos Governos Estaduais, ainda que, mesmo nesse caso, com uma ressalva constitucional, denominada de *contracts clause*, prevista na seção 10 do Artigo primeiro da Constituição Federal, que veda a estados a “(...) votar leis que (...) alterem obrigações de contratos; (...)”²². Mesmo assim, houve a tentativa de se uniformizar os padrões comerciais dos contratos Privados ao longo de todo o Estado. Essa tentativa não teve iniciativa, tampouco endosso do Governo Federal, ou do Congresso Nacional e se caracterizou como uma iniciativa essencialmente privada. Trata-se da elaboração do *Uniform Commercial Code*

²¹ Tradução Livre, do original: (1) provide overall direction of Government-wide procurement policies, regulations, procedures na forms for executive agencies, and (2) promote economy, efficiency and effectiveness in the procurement of property and services by executive branch of the Federal Government. (USC. Title 41. Subchapter I – General. §1101. Office of Federal Procurement Office. (b) Purposes).

²² FINE, T. M. **Op. cit.** p. 138.

(UCC) que, muito embora traga em seu nome a terminologia *Code* não se caracteriza sequer como uma legislação compilada, haja vista não ter natureza jurídica, se resumindo apenas, a princípio, a uma compilação de “boas” práticas comerciais, das quais os estados membros da Federação tiveram total liberalidade para inseri-los – total, parcialmente, integral, ou com alterações grandes ou pequenas – em seus respectivos ordenamentos jurídicos, não conseguindo atingir, sequer a uniformidade desejada entre os Estados, embora com certo êxito em sua adesão²³.

4. Distinções da Suprema Corte entre Contratos Públicos e Contratos Privados.

A partir das considerações feitas até o momento, não podemos, contudo, afirmar com segurança que a distinção feita entre Governo Federal e Estadual, no que tange à competência legislativa acerca de questões contratuais, resguardadas à esfera Federal regulamentação de contratos públicos de interesse do Governo Federal, sob a égide do Título 41 do *US Code* e, à esfera Estadual a regulamentação dos Contratos Privados e Públicos, estes últimos concernentes apenas ao respectivo Governo Estadual, resguardadas as ressalvas do Art. 1º, Seção 10 da Constituição Federal estadunidense, são ecoados de maneira ratificadora pela Suprema Corte Estadunidense. A partir de um ponto de vista exclusivamente de tribunal constitucional, as questões que envolvem Contratos Públicos e Privados no seio das Decisões da Suprema Corte estão pautados e preocupados exclusivamente com suas respectivas relações com os dispositivos constitucionais principiológicos e não propriamente a partir da legislação federal sobre o tema, tampouco sua relação abstrata com o dispositivo constitucional.

²³ Uma tabela completa e detalhada acerca de como os estados membros aderiram ao projeto do UCC, internalizando seus artigos à sua respectiva legislação interna, pode ser encontrada em: https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code_adoption. Acessado em 26.04.2018, às 14h00m (Horário de Brasília).

Nesse sentido, ao analisar os Casos referenciais da Suprema Corte (*Landmark Cases*), conseguimos identificar como temática, apenas a distinção entre Contratos Públicos e Privados, independentemente se, aqueles, eram firmados com o Governo Federal ou Estadual, muito embora todos os casos referenciados tratem de questões de Contratos Públicos firmados com Governos Estaduais, e não com o Governo Federal. Ainda assim, nas decisões, não há menção a qualquer distinção possível entre Contratos Públicos Federal e Estaduais, na medida em que a Suprema Corte se esforça para identificar os princípios norteadores das duas relações contratuais em tela, sem regulamentá-las, o fazendo em consonância com seu papel de Tribunal Constitucional, no caso concreto.

Desta forma, conseguimos identificar duas orientações vinculantes oriundas dos precedentes analisados. A primeira (1), oriunda de uma interpretação constitucional que dá primazia a não interferência do Estado nas relações contratuais entre particulares, todos com a temática constitucional da discussão sobre a questão da *contract clause*. Esse posicionamento tem grande reverberação na primeira metade do Século XIX. Entre um pouco antes da segunda metade do século XIX e o Século XX, a (2) distinção entre princípios norteadores de Contratos Públicos e Privados fica mais clara nos precedentes da Suprema Corte. De forma a finalizar o presente estudo, partamos para apresentação das correntes interpretativas citadas, tendo como referência 02 (dois) precedentes vinculantes (*Landmarks*) para cada uma delas²⁴.

²⁴ A apresentação dos casos será feita a partir da Metodologia de análise de cases e será uma tradução livre da análise apresentada em HARTMAN, G., MERSKY, R. M. e TATE, C. L. **Landmark of Supreme Court Cases**. Nova York. Checkmark Books. 2004. Ao final de cada precedente, será apresentado na nota de rodapé, o texto original, bem como sua referência de página.

4.1 A inconstitucionalidade da interferência do Governo (Federal, ou Estadual) nos Contratos Privados.

*Fletcher v. Peck*²⁵

10 U.S. 87

1810

Questão Central: Um contrato de tradição de terra é protegido pela pelo princípio da proteção da cláusula contratual da Constituição Americana, em detrimento de dispositivo de lei Estadual?

²⁵Tradução livre do original encontrado em HARTMAN, G. et ali. **op. cit.** pp. 143-4: “**Key Issues:** Is a contract to convey land protected from state law by contracts clause of the U.S. Constitution?. **History of the Case:** This case was brought in federal Circuit Court for the District of Massachusetts as a contract action. Peck was a Boston land speculator. The court ruled for the defendant and the case was then heard by the U.S. Supreme Court, enabling it to apply both state and federal law since the case originated in federal court. Pursuant to a Georgia legislative land Grant, the original grantees of the land in question sold a portion of their land. The new buyer then resold a portion. After an election, the grant was revoked but in the meanwhile the land was again resold. Pecker then bought it and sold it to Fletcher, Who had no notice of revocation. **Summary of arguments:** Appellant, Robert Fletcher, argued that the tittle to the land sold to him by appelle, John Peck, was impaired because the state of Georgia had no authority to sell the land. Fletcher argued that Georgia lacked authority to sell the land because the legislative act granting this Power to sell was fraudulently procured and the United States, not Georgia, held the legal title. Peck argued that the state constitution gave Georgia title to the land conveyed and a legislative act gave Georgia all jurisdictional and territorial rights. Therefore, Georgia was legally empowered to sell the land. Chief Justice Marshall wrote, for majority that Georgia could not revoke its grant because the contracts clause. A contract contains binding obligations. Under the Constitution, a Law that annuls a contract between individuals violates the contracts clause. This reasoning also allows a state statute to be declared unconstitutional as part of litigation between private parties. Justice Johnson wrote for the dissent, saying that the interpretation of the contracts clause espoused by Chief Justice Marshall deprived states of the Power of eminent domain, the Power to take private property for public use. **Decision:** A contract to convey land was protected from state law by the contracts clause of the constitution. **Aftermath:** This was the first Supreme Court case to be decided on the obligation of the contracts clause; it was the first to declare a state unconstitutional under federal law. **Significance:** This case altered 19th-century constitutional law by applying the contracts provision to property. It became a major tool for state legislation to be struck down in federal court.”.

História do Caso: Esse caso foi proposto como uma ação Contratual, na Justiça Federal do Circuito Distrital Massachusetts. Peck era um correto de terras de Boston. A Corte determinou que o Réu e o caso fosse ouvidos pela Suprema Corte dos E.U.A. permitindo que a tal ação fosse aplicado tanto legislação estadual, como federal, uma vez que o caso havia sido originariamente proposto já em uma corte federal.

De acordo com uma concessão de terra dada por legislação da Geórgia, os concessionários originários da terra em questão venderam uma parte de suas respectivas terras. O novo comprador, então, revendo uma parte. Depois da eleição, a concessão foi revogada, mas, nesse ínterim a terra foi novamente vendida. Pecker então a comprou e a revendeu para Fletcher, o qual não sabia da revogação.

Resumo dos Argumentos: O Apelante, Robert Fletcher, argumentou que a venda de terra pelo apelado, John Peck, estava prejudicada pois o Estado da Geórgia não tinha autoridade para vender a terra. Fletcher argumentou que a falta de autoridade da Geórgia para vender a terra baseada em um ato legislativo de concessão lhe deu tal poder era adquirida de forma fraudulenta e que era os Estados Unidos, não a Geórgia, que detinha o título legal para tanto.

Peck argumentou que a Constituição Estadual da Geórgia dava a ela a titularidade da terra da em concessão e um ato legislativo deu à Geórgia toda a jurisdição e direitos sobre a terra. Desta forma, Geórgia estava empossada de poder para vender a terra.

O Presidente da Corte, o Juiz Marshall escreveu pela maioria, que a Geórgia não poderia revogar sua concessão por conta do princípio da proteção da Cláusula Contratual. Um contrato determinada obrigações vinculantes. Sob a égide da Constituição, uma lei que anula um contrato entre indivíduos, ofende o princípio de proteção às cláusulas contratuais. Tal raciocínio permite também que uma lei estadual possa ser declarada inconstitucional, como incidente entre uma ação envolvendo partes particulares.

O Juiz Johnson escreveu pela minoria vencida, afirmando que a interpretação do princípio de proteção de cláusulas contratuais desenvolvida pelo Juiz Presidente Marshall priva o Poder Estadual sobre o domínio eminente de poder tomar terra privada para uso público.

Decisão: Um contrato de concessão de terra está protegido de disposições de legislação estadual, de acordo com o princípio constitucional de proteção às cláusulas contratuais.

Reflexos: Essa foi a primeira vez que a Suprema Corte decidiu sobre a obrigação do princípio de proteção às cláusulas contratuais.; foi o primeiro caso, também a declarar a inconstitucionalidade de uma lei estadual.

Significância: Esse caso alterou a jurisdição constitucional do século XIX por aplicar as provisões contratuais à propriedade. Isso se tornou a principal

ferramenta de empecilho das legislações estaduais no âmbito das cortes federais.

The Trustees of Dartmouth College v. Woodward²⁶

²⁶ Tradução livre do original encontrado em HARTMAN, G. et ali. **op. cit.** pp. 142-3: “**Key Issues:** *Is the charter of a privately funded institution a contract and, if so, is it protected by the contracts clause of the U.S. Constitution?* **History of the case:** *This action brought in state court requested Dartmouth College, a corporation, to turn over certain records. The case went to the Superior Court of the State of New Hampshire and then to the U.S. Supreme Court. Prior to the American Revolution, Eleazar Wheelock sought and was granted a charter from the King of England for Dartmouth College. Under the college charter, Wheelock, as founder and president of Dartmouth, could nominate his successor. After the American Revolution, Wheelock’s son John was the president of Dartmouth and John’s administration was challenged by the trustees. The dispute was taken to the state’s politicians and the New Hampshire Legislature enacted several acts that purported to change the name of the college and its governing structure, among other things. However, the trustees refused to accept the charter as amended by state legislature and brought suit. Daniel Webster argued the case for trustees of Dartmouth College. Under the College charter, the founder and president of Dartmouth, Eleazar Wheelock, could nominate his successor. His son John was president and his administration was challenged by the trustees. Wheelock took dispute to the state’s politicians, but the trustees would not accept a charter amended by the state legislature. The trustees brought suit. Daniel Webster argued for Dartmouth College.* **Summary of arguments:** *The appellants, the trustees, argued that the acts enacted by New Hampshire legislature altering name and governing structure of Dartmouth College violated the contracts clause of the U.S. Constitution. The Contracts clause states that “no states shall any ... law impairing the obligation of contracts.” In support of this corporate powers and privileges through the charter was a contract for private purpose and the acts of the New Hampshire legislature impaired the contract by essentially abolishing the old entity and establishing a new one. The appellee, William H. Woodward, the secretary and treasurer of the trustees of Dartmouth, the entity established by New Hampshire legislature, argued that the occurrence of the American Revolution changed the circumstances under which the charter was originally granted and, therefore, the original charter had become unfit for use. Woodward also argued that the charter was not the type of contract that was contemplated by the contracts clause and, even if it was, the acts did not impair the contract. Woodward also argued that Dartmouth College was a public institution, not a private charity. Chief Justice Marshall stated that private corporations were free from legislative interferences; this included business corporations while public corporations did not have this protection; private corporations were protected under the contracts clause, so legislature were prohibited from revising or repealing their charters. Although Dartmouth had public purposes, it was a private individuals founded the corporation. A public corporation was created by public institutions for the public advantage.* **Decision:** *The charter of a private corporation is a contract protected by the Constitution from legislative interference. The state of New Hampshire could not put its down trustees on the college’s Board of Trustees to increase its size through legislation since its charter gave the right to fill vacancies.* **Aftermath:** *This was the first time the Court had held a corporate Charter to be a contract. The decision brought corporate charters under the protection of the contract clause. This*

17 U.S. 518
1819

Questão Central: Um título de fundos para uma instituição privada é um contrato e, se sim, está protegido pelo princípio de proteção às cláusulas contratuais da Constituição dos E.U.A.?

História do caso: Essa ação foi proposta em Corte estadual, questionando a Faculdade Dartmouth, uma empresa privada, no intuito de alterar algumas posições consolidadas. O Caso foi para a Suprema Corte Estadual de New Hampshire e, então, para a Suprema Corte dos EUA.

Antes da Revolução Americana, Eleazar Wheelock foi nomeado a ele atribuído uma carta de concessão do Rei da Inglaterra para a Faculdade Dartmouth. Sob a égide da carta de concessão da Faculdade, Wheelock, como fundador e presidente da Dartmouth, poderia nomear seu sucessor. Depois da Revolução Americana, o filho de Wheelock era o presidente da Dartmouth e sua gestão foi contestada pelos curadores. A disputa foi instaurada pelos políticos que compõem a Casa Legislativa do estado de New Hampshire, ao promulgarem um série de diplomas legais que tinham como propósito de alterar o nome da Faculdade e a sua estrutura de gestão, entre outras coisas. Entretanto, os curadores se recusaram a aceitar a emenda feita pela legislação do Estado e propuseram a ação. Daniel Webster patrocinou o caso em nome dos curadores da Faculdade Dartmouth.

Pelo título da Faculdade, o fundador e presidente da Faculdade de Dartmouth, Eleazar Wheelock, poderia nominar seu sucessor. Seu filho John era presidente e sua gestão foi contestada pelos curadores. Wheelock levou a disputa aos políticos estaduais, mas os curadores não aceitariam a emenda do título feita pela legislação estadual. Os curadores propuseram ação. Daniel Webster representou a Faculdade Dartmouth.

Resumo dos argumentos: Os apelantes, os curadores, alegaram que as ações encampadas pelos dispositivos da lei estadual de New Hampshire, alterando nome e estrutura de gestão da Faculdade Dartmouth violava o

*interpretation of the contracts clause kept legislative interference from state economic affair. The practical effect of the case was lessened by the state legislature's adoption of approving charter only with the right to amend. **Significance:** The case strengthened the Power of business by giving businesses a constitutional base. Corporation could not be subject to arbitrary interference; it was to be regarded as a state function providing goods and services that the state could not. This posed a threat to states that had no way to curb corporate abuse. Corporations used the contract clause to challenge taxation and rate regulation."*

princípio de proteção de cláusula Contratual da Constituição dos E.U.A. o princípio de proteção à cláusula contratual consolida que “nenhum estado deve criar lei que relativize as obrigações presentes em contratos”. Como consequência, os poderes corporativos e privilégios atribuídos pelo título em tela era considerado um contrato de fins privados e os dispositivos legais das leis estaduais de New Hampshire relativizavam o contrato, por essencialmente abolir os antigos parâmetros e estabelecer novos.

O apelado, Willam H. Woodward, o secretário do tesouro dos curadores de Dartmouth, a Entidade estabelecida pela legislação estadual de New Hampshire, argumentou que o advento da Revolução Americana alterou as circunstâncias sob as quais o título foi originariamente cedido e, além do mais, o título original se apresentou inadequado para uso. Woodward também alegou que o título não era um tipo de contrato que estaria contemplado no princípio de proteção às cláusulas contratuais e, mesmo se estivesse, a legislação em tela não relativizava o contrato. Woodward também argumentou que a Faculdade Dartmouth College era uma instituição pública e não uma obra privada de caridade.

O Juiz Presidente Marshall firmou que corporações privadas estavam livres de interferência legislativa; isso incluía corporações privadas, enquanto excluía dessa proteção as públicas; corporações privadas estavam protegidas pelo princípio de proteção às cláusulas contratuais, logo, atos legislativos estavam proibidos de revisar ou repelir seus títulos e disposições. Embora Dartmouth tivesse fins públicos, a corporação tinha sido fundada por indivíduos particulares. Uma corporação pública era criada por instituições públicas, para vantagens públicas.

Decisão: O título de uma corporação privada é um contrato privado e está protegido de legislação estadual, pelo princípio da proteção das cláusulas contratuais da Constituição. O estado de New Hampshire não poderia afastar os curadores da mesa de curadores da Faculdade, para aumentar seu tamanho mediante ato legislativo, uma vez que o seu título lhe atribuiu o direito de preencher suas próprias vagas.

Reflexos: Essa foi a primeira vez que a Corte assegurou a um título corporativo o status de Contrato. A decisão trouxe os títulos corporativos à proteção do princípio de proteção das cláusulas contratuais. A interpretação do princípio de proteção às cláusulas contratuais. Essa interpretação manteve afastada a interferência legislativa do estado de assuntos econômicos das corporações. Como efeito práticos do caso, a aceitação da

legislação estadual passou a ser adotada, apenas nos títulos que possuíam direito de alteração e emenda.

Significância: O caso fortaleceu o poder dos negócios por dar a ele base constitucional de funcionamento. Corporações não poderiam estar sujeitas a interferências arbitrárias; estas deveriam estar resguardadas às funções do estado em prover bens e serviços que o estado não poderia fazer. Firmou-se uma ameaça aos estados que não possuíam meios para inibir abusos corporativos. As corporações costumavam a utilizar o princípio de proteção às cláusulas contratuais para questionar a tributação e burlar regras regulamentares.

4.2. A constitucionalidade da prevalência do Interesse Público sobre o Interesse Privado em Contratos firmados com o Poder Público.

Proprietors of the Charles River Bridge v. Proprietors of Warren Bridge²⁷

²⁷ Tradução livre do original encontrado em HARTMAN, G. et ali. **op. cit.** pp. 140-1: ”**Key Issues:** Does the contracts clause distinguish between public and private contracts and, if so, should ambiguities in public contracts be interpreted in favor of the private or the state? **History of the case:** The state of Massachusetts had granted a charter to the Charles River Bridge Co. to build a toll bridge between Boston and Charleston. The charter implied, but did not expressly say, that the state would not grant any charters for competing bridges. Later the legislature has granted a charter to another construct a free bridge. The owners of Charles River Bridge file a Bill seeking an injunction to prevent the erection of the Warren Bridge and for general relief. The Massachusetts Supreme Court dismissed the Bill and the owners of the Charles River Bridge appealed to the U.S. Supreme Court. Early decisions of the Supreme Court interpreted the contracts clause as giving broad protection against state interference in all contracts, both private and public. In *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810), the Court noted that the language of the Constitution does not distinguish between public and private contracts. **Summary of arguments:** The court addressed the issue of whether a charter granted by the state should be interpreted as exclusive when the charter did not explicitly state that it was exclusive. Chief Justice Taney noted earlier cases that had established that a charter is a contract binding on the state. Previous cases also established to the Court’s satisfaction that a state law could work retroactively to divest vested rights so long as the law did not “impair the obligation of a contract”. Taney stated that this case called for the Court to decide whether a court could recognize implied promises on the part of the state. The court was faced with a conflict between the need for stability of contracts involving the state and the need for flexibility in cases where changing circumstances cause state contracts to result in harm to the public. If the Court decided that it would enforce the implied grant of an exclusive right to build a bridge, then the stability of public contracts would be bolstered; private parties would be able to rely on the understanding they reached with the state. If the Court ruled that implied

36 U.S. (11 Pet.) 420; 9 L.Ed. 773
1837

Questão central: O princípio constitucional na proteção da Cláusula contratual (*contracts clause*) diferencia contratos públicos e privados e, se sim, as ambigüidades dos contratos públicos deveriam ser interpretadas em favor do particular, ou do Estado?

Historia do caso: O estado de Massachussets concedeu um título licitatório para Charles River Bridge Co. construir uma ponte com cobrança de pedágio entre Boston e Charleston. O título estabelecia implicitamente, mas não afirmava de maneira expressa, que o estado não concederia nenhum título para construção de outras pontes concorrentes. Posteriormente, o poder legislativo concedeu título para construção de outra ponte, porém gratuita.

Os donos da Charles River Bridge buscaram conseguir um mandado para evitar a construção da Warren Bridge e para alívio geral a Suprema Corte de Massachussets rejeitou a ação e os donos da Charles River Bridge apelaram para a Suprema Corte dos E.U.A.

Decisões anteriores da Suprema Corte dos E.U.A. interpretaram o princípio constitucional da proteção às cláusulas contratuais (*contracts clause*) como atribuindo proteção ampla contra a interferência do estado em todos os contratos, tanto pública como privados. Em *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1910), a Corte afirmou que a linguagem da Constituição não diferenciava entre contratos públicos e privados.

promises would not be enforced, the state could conceivably alter bargains it had made whenever they proved inconvenient or unprofitable. Decision: The Court said that “any ambiguity in the terms of the contract must operate against the adventurers, and in favor of the public, and the plaintiffs can claim nothing that is not clearly given them by the act.” Thus, the Court affirmed the Massachussets Supreme Court’s dismissal of the Charles River Bridge Company’s claim. The decision favored flexibility over stability in public contracts. **Aftermath:** The decision reflected the Court’s intent to support a state’s power over an individual’s property right. The obligation of the state would now be strictly interpreted according to the language of the contract in favor of the state. The Court did not say that contracts between private parties were subject to the rule established by this decision. **Significance:** There developed as a result of this case a Double standard for reviewing contracts. Private contracts enjoyed broader interpretation, which allowed for the enforcement of implied promises. Public contracts were interpreted narrowly with bias in favor of the state.”

Resumo dos Argumentos: A corte apontou como questão a problemática de se o título concedido pelo estado deveria ser interpretado como exclusivo quando o título não estabelecesse expressamente tal exclusividade. O Juiz Presidente Taney notou que em casos anteriores havia sido estabelecido que os títulos fossem como contratos estabelecidos pelo estado. Casos anteriores também estabeleceram como entendimento da Corte que Leis estaduais poderiam atuar retroativamente para despir direitos investidos, desde que tal lei não “desequilibrasse as obrigações de um contrato”. Taney afirmou que esse caso demandava da Corte se promessas implícitas feitas pelo estado poderiam ser reconhecidas.

Foi colocado frente à Corte um conflito entre a necessidade de estabilidade de contratos envolvendo o estado e a necessidade de flexibilidade em casos onde causas que geram mudança de circunstâncias, geram como resultado para contratos estaduais o dano ao Público. Se a Corte decidisse que garantias implícitas devessem reconhecer o direito a exclusividade de construir a ponte, então a estabilidade dos contratos públicos seria reforçada; Partes privadas seriam capazes de confinar no entendimento que chegaram junto ao estado. Se a Corte determinasse que promessas implícitas não devessem ser reconhecidas, o estado poderia concessivamente adicionar outras formas contratuais, sempre que provado que fosse inconveniente o não lucrativo ao estado.

Decisão: A Corte afirmou que “qualquer ambigüidade nos termo do contrato deve ser operado contra os empresários e a favor do público e os demandantes não podem requerer nada além daquilo que claramente dado pelo instrumento contratual”. Assim, a Corte reiterou a dispensa da Suprema Corte de Massachussets sobre o pedido da Charles River Bridge Company. A Decisão favoreceu a flexibilidade em favor da estabilidade dos contratos públicos.

Reflexos: A decisão refletiu a pretensão da Corte em apoiar o poder do estado em detrimento do direito individual de propriedade. A obrigação do estado deveria ser interpretada estritamente a partir da linguagem contratual e de acordo com ela e em favor do estado. A Corte não disse nada sobre a aplicabilidade desse caso a contratos privados.

Significância: O desenvolvimento desse caso teve como resultado um duplo padrão para revisões contratuais. Contratos privados demandavam uma interpretação mais larga, incluindo e reforçando promessas implícitas. Contratos Públicos deveriam ser interpretados pontualmente, com viés favorável ao estado.

Home Building & Loan Association v. Blaisdell²⁸
290 U.S. 398
1934

Questão central: O Governo pode alterar obrigações contratuais já existentes com o intuito de agir frente a situações de emergência?

História do caso: Artigo I, Seção 10 da Constituição dos E.U.A. afirma que “nenhum estado deve aprovar nenhuma lei que desequilibre as obrigações de um contrato”. A Suprema Corte consolidou que a cláusula do devido processo estendeu tal disposição para o governo federal.”

Durante a grande depressão, o Poder Legislativo de Minnesota aprovou uma lei permitindo que cortes locais se livrassem das execuções hipotecárias. A severa depressão econômica e financeira da época resultou em um alto índice de desemprego, que criou dificuldades para titulares proprietários que não estavam conseguindo pagar suas hipotecas. A Lei permitia que cortes

²⁸ Tradução livre do original encontrado em HARTMAN, G. et ali. **op. cit.** pp. 143: “**Key issues:** *May the government alter existing contractual obligations in order to respond to emergency situations?* **History of the case:** *Article I, Section 10 of the U.S. Constitution states that “no states shall pass any law impairing the obligation of contracts.” The Supreme Court held that the due process clause of the Fifth Amendment extended this provision to the federal government. During the Great Depression, the Minnesota legislature passed a statute allowing local courts to give relief from mortgage foreclosures. The severe financial and economic depression of the time had resulted in high unemployment, which created hardships for property owners who were not able to pay their mortgage. The statute allowed local courts to grant extensions to homeowners so that the Banks could not foreclose on extension for a homeowner, it had to order the mortgagor to pay a reasonable part of the payment due on the property. The local courts had home owners and the banks in order to create a reasonable payment Schedule for the homeowner. The statute was designed only to last until the end of the depression.* **Summary of arguments:** *Home Building & Loan argued that the statute allowing courts to interfere with private contracts violated the Constitution’s statement that “no states shall pass any law impairing the obligations of contracts.” The state asserted that interference with the mortgage contracts was necessary to deal with the depression and to protect society as a whole.* **Decision:** *The Supreme Court upheld the Minnesota statute in order to protect vital public interests. Because the depression had created na economic emergency, modifications to such contracts were allowed as long as they were reasonable. The Court stressed that the statute would end when the economic emergency was over, and that a state had a power to protect the security of its citizens in emergency situations.* **Aftermath:** *This case has not been overruled, and subsequent decisions have affirmed the idea that governments are not absolutely prohibited from modifying public or private contracts. Subsequent decisions have rendered the contracts clause (“no state shall pass any law impairing the obligation of contracts”) mostly dead.* **Significance:** *This case is often regarded as a major starting point for reading the contracts clause out of the Constitution. A government is able to modify contracts in order to protect the healthy, welfare, and safety of its citizens”.*

locais concedessem extensões para proprietários de casas para que os bancos não pudessem os executar, sendo feito isso através da ordem de que o hipotecário pagasse uma parte razoável do devido pela propriedade. As cortes locais estabeleceram uma comunicação entre os proprietários e os bancos, no sentido de criar uma agenda razoável de pagamento para os proprietários. A lei estipulava que esta duraria apenas até o fim da depressão. **Sumário dos argumentos:** Home Building & Loan argumentou que a Lei que permitia a interferência das cortes locais nos contratos privados violava o que Constituição estabelecia quando afirmava que “nenhum estado deve aprovar nenhuma lei que desequilibre as obrigações de um contrato”

O estado assinalou que a interferência nos contratos de hipoteca foi necessária para lidar com a depressão e para proteger a sociedade como um todo.

Decisão: A Suprema Corte sustentou que a Lei de Minnesota era apresentada no sentido de proteger interesses públicos vitais. Por conta da depressão se criou uma emergência econômica, modificações contratuais como essa eram permitidas, desde que razoáveis. A corte destacou que a Lei teria termo quando a emergência econômica estivesse encerrada, e que o estado tinha o poder de proteger a segurança de seus cidadãos, em situações de emergência.

Reflexos: Esse caso não foi suplantado e decisões posteriores afirmaram a idéia de que os governos não estão completamente proibidos de modificar contratos públicos ou privados. Outras decisões posteriores tornaram o princípio constitucional de proteção a cláusulas contratuais - *contracts clause* - (“nenhum estado deve aprovar nenhuma lei que desequilibre as obrigações de um contrato”), praticamente morto.

Significância: Esse caso é freqüentemente resguardado como o maior ponto de partida para a leitura do princípio constitucional de proteção às cláusulas contratuais (*contracts clause*) externamente à Constituição. Um governo é capaz de modificar contratos no sentido de proteger a saúde, o bem-estar e a segurança de seus cidadãos.

CONCLUSÕES

Com tudo quanto foi apresentado e analisado a partir os elementos apresentados aqui, conseguimos listar algumas das principais proposições conclusivas, corroborando nosso desiderato com esse artigo. São elas:

1. Que a distinção entre a Common Law e a Civil Law atribuem a lei estatutária um caráter distinto, embora positivado

2. Que a positivação da lei, na tradição Common Law estadunidense, não obedece a parâmetros gerais de produção e de metodologia codificada, muito embora utilize essa nomenclatura para algumas de suas compilações.

3. Que existe competência legislativa nos EUA, do Congresso Nacional, prevista constitucionalmente (Art. I, Seção 8), mas que regula apenas a produção legislativa no âmbito federal, por conta da limitação constitucional ao poder federal de legislar e intervir nas legislaturas estaduais, para além do estipulado pela própria Constituição.

4. Que o contrato tem proteção constitucional no Direito estadunidense, que não admite que os estados membros da federação produza leis que alterem e desequilibrem as obrigações contratuais, o que está descrito no Art. I, Seção 10, primeiro parágrafo, da Constituição dos Estados Unidos de América, denominada, em inglês como *contracts clause*.

5. Que a regulação contratual é feita, no modelo estadunidense, em dois níveis: Os contratos públicos federais, por via de leis federais (*US Code*, Título 41), os contratos privados e públicos estaduais, por lei estadual, respeitando o princípio constitucional de proteção às cláusulas contratuais (Art. I, Seção 10) presente na Constituição.

5. Que não há possibilidade de uniformização legal positivada e imposta a todos os estados membros, havendo apenas uma sugestão de uniformidade produzida por entidades privadas, denominada UCC, que teve boa adesão nos estados, mas apenas e predominantemente como sugestão.

6. Que a Suprema Corte, ao enfrentar a questão constitucional do princípio de proteção às cláusulas contratuais (*contracts clause*), se posiciona, no sentido de firmar duas interpretações constitucionais distintas, que suplantam uma a outra, ao longo do tempo. A primeira, que, entre contratos particulares o estado não tem autorização de alterar o equilíbrio contratual por disposições estatutárias. Tal posicionamento, como visto, se apresenta nos casos paradigmáticos *Fletcher v. Peck* (1817) e *The Trustees of Dartmouth College v. Woodward* (1817). E o outro entendimento, de que o estado pode alterar obrigações contratuais em prol do interesse público é

delineado e acentuado, com já visto, nos casos *Proprietors of the Charles River Bridge v. Proprietors of Warren Bridge* (1837) e *Home Building & Loan Association v. Blaisdell* (1934). Essa concepção, analisada a partir dos últimos casos em tela, se apresenta como uma alteração da concepção originária, do século XIX, sendo prevalente com mais força e mais critérios objetivos, nas decisões transcorridas a partir do Século XX.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

CAENEGEM, R. C. **The Birth of the English Common Law**. Cambridge UK, Cambridge Press. 2015.

CURRIE, D. P. **The Constitution in Supreme Court: 1789-1888**. Chicago. University Chicago Press. 1985.

DAVID, R. **O Direito Inglês**. São Paulo. WMF. 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Conselho de Revisão Legal da Casa dos Representantes** (*Office of the Law Revision Counsel – House of Representatives*): <http://uscode.house.gov/olrchome>. Acessado em 25 de abril de 2018, às 11h48m (Horário de Brasília).

_____. **Livraria do Congresso dos Estados Unidos da América**: (Congress Library) <http://cdn.loc.gov/service/ll/uscode/uscode1925-00100/uscode1925-001000003/uscode1925-001000003.pdf>. Acessado em 25.04.2018 às 14h11m (Horário de Brasília).

FERRAZ Jr, T.S. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª Ed. SP. Atlas. 2011. p. 204.

FINI, T. M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo. Martins Fontes. 2011. p. 51

HARTMAN, G., MERSKY, R. M. e TATE, C. L. **Landmark of Supreme Court Cases**. Nova York. Checkmark Books. 2004.

HORWITZ, M. J. **The transformation of American Law: 1780-1860**. Cambridge. Harvard University Press. 1977.

HUNTING, W. B. **The Obligations of the Contract Clause of the United States Constitution**. Westport, Conn. Greenwood Press. 1919.

LOSANO, M. G. **Os grandes Sistemas Jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo. Martins Fontes. 2007.

MARINONI, L. G. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC**. 2ªEd. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

MCCLOSKEY, R. C. **The American Supreme Court**. Chicago. University of Chicago Press. 1960.

PALMER, R. C. **Obligations of Contracts: Intent and Distortion**. *In* Case Western Reserve Law Review. 1987. pp. 631-73.

VIEIRA, A. C. **Civil Law e Common Law – Os dois Grandes Sistemas Legais Comparados**. Porto Alegre. SAFE. 2007.

WIECEK, W. M. **The Guarantee Clause of the United States Constitution**. Ithaca. Cornell University Press. 1972.