

A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo

***Luís Roberto Barroso*¹**

I. INTRODUÇÃO

O modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo, tanto nas democracias tradicionais como nas novas democracias, segue, nas suas linhas gerais – ainda que não no detalhe –, o padrão que foi estabelecido nos Estados Unidos ao longo dos últimos duzentos anos: (i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais. As três primeiras características remontam à mais notória decisão proferida pela Suprema Corte americana: *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Este foi o marco inicial do reconhecimento da Constituição como documento jurídico, e do Judiciário como o poder competente para lhe dar cumprimento. O quarto aspecto usualmente ligado ao direito constitucional americano – o ativismo judicial – refere-se a um lapso de tempo relativamente reduzido de sua história: os cerca de vinte anos que correspondem à presidência de Earl Warren na Suprema Corte (1953-1969) e aos primeiros anos da presidência de Warren Burger (1969-1986). Depois desse período, a Suprema Corte foi envolvida por uma onda conservadora, com a nomeação de juízes que tinham uma visão severamente crítica do ativismo judicial e dos avanços obtidos.

O paradoxo apontado no título deste trabalho pode ser assim descrito. O modelo constitucional americano, nos últimos cinquenta anos, irradiou-se pelo mundo e tornou-se vitorioso em países da Europa, da América Latina, da Ásia e da África. Nada obstante, no plano doméstico, nunca foi tão intensamente questionado. Os ataques vêm da direita, com sua agenda conservadora, que defende – mas nem sempre pratica – a autocontenção judicial; e da esquerda, com sua crítica à supremacia judicial e sua defesa do constitucionalismo popular. O estudo que se segue procura analisar esses dois processos históricos e jurídicos.

Parte I

O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A TRADIÇÃO AMERICANA E EUROPEIA

¹ Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor e livre-docente pela UERJ.

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que combina Estado de direito e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância. O modelo vencedor, portanto, situa a *Constituição* no centro do sistema político e acena com as promessas de legitimidade, justiça e segurança jurídica. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das idéias vitoriosas para a vivência concreta no mundo real. O curso do processo civilizatório é mais lento que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante que a velocidade.

O século XX foi cenário de uma proposta alternativa, que empolgou corações e mentes pelo mundo afora: o socialismo científico, fundado nas teses do Manifesto Comunista, de 1848, e na densa produção teórica de Marx e Engels. A Revolução Russa foi o marco histórico da proposta política alternativa à democracia liberal, que se espalhou por um terço da humanidade. De Lenin a Mao, o projeto de implantação de uma sociedade socialista depositava seus valores e sua fé não na Constituição, mas no *Partido*, peça essencial e insubstituível no funcionamento das instituições políticas, econômicas e sociais dos países que adotaram esse modelo². Generosa e sedutora para o espírito humano, a idéia socialista não venceu o teste da realidade. Ao menos não nessa quadra da história da humanidade. A verdadeira *revolução* não veio e a energia que a inspirava dissipou-se em autoritarismo, burocracia e pobreza.

Na outra margem da história, três Revoluções – estas, sim, inequivocamente vitoriosas – abriram caminho para o Estado liberal e para o constitucionalismo moderno: a Inglesa (1688)³, a Americana (1776)⁴ e a Francesa (1789)⁵.

² V. Bruce Ackerman, *The rise of world constitutionalism*, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, Number 3, 1997.

³ Na Inglaterra, quando William III e Mary II ascendem ao trono, após a afirmação do Parlamento e da limitação de poderes pelo *Bill of Rights*, já estavam lançadas as bases do modelo de organização política que inspiraria o Ocidente pelos séculos afora. Tão sólidas que puderam prescindir de uma Constituição escrita.

⁴ Coube aos Estados Unidos, um século depois, a primazia da primeira Constituição escrita e solenemente ratificada. Com um texto sintético de sete artigos, aos quais se somaram as dez emendas conhecidas como Bill of Rights, aprovadas em 1791, foi ela o ponto de partida de uma longa trajetória de sucesso institucional, fundada na separação efetiva dos Poderes e em um modelo triplamente original: republicano, federativo e presidencialista.

⁵ Paradoxalmente, foi a Revolução Francesa, com sua violência, circularidade e aparente fracasso, que desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII, tornando-se o marco de uma nova era. Foi ela, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, divulgou a nova ideologia, baseada na separação de Poderes e nos direitos individuais. Em 1791 foi promulgada a primeira Constituição Francesa. Primeira de uma longa série. V. v. Hannah Arendt, *On revolution* (a 1ª ed. 1963), 1987, p. 43 e s.;

Embora tenham sido fenômenos contemporâneos e tenham compartilhado fundamentos comuns, o constitucionalismo americano e o francês sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. E, em ampla medida, deram origem a modelos constitucionais bastante distintos. De fato, a Constituição americana teve suas origens no contratualismo liberal de Locke – um pacto social de paz e liberdade entre os homens⁶ – e na idéia de um direito superior, fundado no direito natural⁷. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição foi vista como um documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. Em *Marbury v. Madison*, a *judicial review* foi aceita com relativa naturalidade e reduzida resistência⁸.

Na França e, na seqüência histórica, nos demais países da Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política, e sua interpretação era obra do Parlamento, não de juízes e tribunais. Na Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição de 1791, o tema central do debate político foi o da titularidade do poder constituinte. Contrapunha-se a idéia revolucionária da soberania nacional à visão absolutista da soberania do Monarca⁹. Embora tenha adotado a fórmula liberal da separação dos Poderes e da garantia dos direitos individuais, o modelo europeu articulou-se em torno da centralidade da lei – e não propriamente da Constituição, como já assinalado – e da supremacia do Parlamento, cujos atos não eram passíveis de controle pelo Poder Judiciário. É o que alguns autores identificam como o “Estado legislativo de direito”¹⁰.

Nos últimos cinquenta anos, no entanto, notadamente após o término da 2ª Guerra Mundial, o Direito nos países que seguem a tradição romano-germânica passou por um conjunto extenso e profundo de transformações, que modificaram o modo

⁶ John Locke, *Second treatise of government*, 1980 (a 1a. edição é de 1690), cap. VIII, p. 52: “Sendo os homens, como já foi dito, por natureza, livres, iguais e independentes, ninguém pode ser retirado desse estado e colocado sob o poder político de outro sem o seu consentimento. A única maneira pela qual alguém pode ser privado de sua liberdade natural e submetido aos laços de uma sociedade civil é entrando em acordo com outros homens para se juntarem e unirem em uma comunidade para que possam viver entre si de maneira confortável, segura e pacífica, desfrutando de suas propriedades e de maior segurança em face dos que a ela não tenham aderido”.

⁷ V. Edward S. Corwin's, *The Constitution and what it means today*, 1978, p. 221. Existe uma edição em português – *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, 1986 –, de onde se colhe: A fonte inicial do controle de constitucionalidade, no entanto, é muito mais antiga que a Constituição e do que qualquer de Estados americanos. Ela pode ser encontrada no *common law*, onde se colhem princípios que foram desde cedo considerados “fundamentais” e que compreendem uma ‘lei ou Direito superior’ (*higher law*) que nem mesmo o Parlamento poderia alterar. ‘E parece’, escreveu o *Chief Justice* Coke, em 1610, em seu famoso *dictum* no caso Bonham, ‘que quando um ato do Parlamento é contra o direito e a razão comuns, o *common law* irá submetê-lo a controle e irá julgá-lo nulo’. É interessante observar que este modelo seria adotado nos Estados Unidos, mas não prevaleceria no Reino Unido, onde se implantou a supremacia do Parlamento.

⁸ Sem prejuízo do debate permanente acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, que alimenta a teoria constitucional americana.

⁹ V. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, 1987, p. 311 e s.

¹⁰ V. Luigi Ferrajoli, *Passado y futuro del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 14 e s.

como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são pensados e praticados. No centro desse processo de mudanças políticas, conceituais e paradigmáticas situa-se a Constituição. O modelo é conhecido, no mundo romano-germânico, como “Estado constitucional de direito”. Esta nova ordem constitucional, identificada como “paradigma do pós-guerra”¹¹ ou como “*novo constitucionalismo*”, irradiou-se pelo mundo de uma maneira geral. Na virada do século XX para o século XXI, algumas de suas características essenciais podiam ser encontradas na Europa, na América Latina e na África, unindo países distantes geográfica e culturalmente, como Brasil, Hungria, Espanha e África do Sul, para citar quatro exemplos de visibilidade mundial. No capítulo seguinte, procura-se reconstituir o itinerário histórico, filosófico e teórico que resultou neste novo paradigma constitucional.

Parte II

O NOVO CONSTITUCIONALISMO: O PARADIGMA DO PÓS-GUERRA NO MUNDO ROMANO-GERMÂNICO

I. A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

O *Estado constitucional de direito* desenvolve-se a partir do término da 2ª Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição, além de impor limites ao legislador e ao administrador, determina-lhes, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos. Juízes e tribunais passam a deter ampla competência para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição¹². Nesse ambiente é que se verificaram as múltiplas transformações que serão aqui relatadas.

A primeira referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã¹³), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A

¹¹ See Lorraine E. Weinrib, *The postwar paradigm and American exceptionalism*. In: *The Migration of Constitutional Ideas*, 2006, p. 84.

¹² Sobre o tema, v. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: lei, direitos e justiça*, 2005.

¹³ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. A partir daí teve início fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica e normativa do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Ao longo dos anos 70, uma nova onda de redemocratização e reconstitucionalização reforçou a adesão ao novo modelo, incluindo Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978).

Na América Latina, a década de 80 assistiu ao fim dos regimes militares, que se impuseram ao longo dos anos 60 e 70, como subproduto da guerra fria. No Brasil, a Constituição de 1988 propiciou a implantação de um regime democrático estável, já testado em sucessivas eleições, inclusive com a alternância de partidos políticos no poder. Na Europa central e oriental, a onda de redemocratização e reconstitucionalização seguiu-se à queda do Muro de Berlim, ocorrida em outubro de 1989. Na África do Sul, a transição do regime do *apartheid* para uma democracia multipartidária teve início em 1990 e culminou com a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997. Como se advertiu logo no início do presente ensaio, o fato de ter se imposto como ideologia vitoriosa não assegura ao constitucionalismo democrático vigência plena e sem sobressaltos. Justamente ao contrário, marcados por experiências autoritárias e pela falta de tradição constitucionalista, países diversos, na América Latina, na antiga União Soviética ou na Europa Oriental, têm passado por desvios, avanços e retrocessos. O amadurecimento político e institucional é um processo histórico e não um fato datado.

II. O SURGIMENTO DE UMA CULTURA PÓS-POSITIVISTA

O ambiente filosófico em que floresceu o novo direito constitucional pode ser referido como pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem visões contrapostas para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostas, mas por vezes singularmente complementares. As demandas da sociedade e do espírito humano por segurança e objetividade, de um lado, e por legitimidade e justiça, de outro, levaram à superação dos modelos puros e abrangentes, produzindo um conjunto amplo e difuso de idéias, ainda em fase de sistematização¹⁴.

¹⁴ Para o debate filosófico contemporâneo, vejam-se alguns nomes emblemáticos, tanto no mundo anglo-saxão como romano-germânico: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 (1ª. ed. Alemã 1986); Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, 1989; Carlos Santiago Nino, *Ética e derechos humanos*, 1989; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1982. Vejam-se, também: Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 2005 (1ª. ed. 1992); Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta, *El derecho y la justicia*, 2000 (1ª. ed. 1996); Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, *Revista Forense* 358:91, 2001. A propósito do sentido do termo, v. a pertinente observação de Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 27:209, 1998, p. 209: "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia¹⁵.

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem se beneficiar do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana, o da razoabilidade/proporcionalidade e o da solidariedade.

III. ASPECTOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Sob o impulso do novo constitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional no mundo romano-germânico: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento

denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

¹⁵ Sobre a formação teórica do pós-positivismo, v. Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Pós-positivismo. In: Vicente Barreto (org.), *Dicionário de filosofia do Direito*, 2006, p. 650-51: “Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral”. Para estes autores, cinco aspectos podem ser destacados no quadro teórico pós-positivista: a) o deslocamento de agenda (que passa a incluir temas como os princípios gerais do Direito, a argumentação jurídica e a reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica); b) a importância dos casos difíceis; c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.

de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

1. A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX, no mundo romano-germânico, foi a atribuição de normatividade aos preceitos constitucionais. Superava-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas normas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador público. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização da Constituição. Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª. Guerra Mundial, este quadro começou a se alterar. Inicialmente na Alemanha¹⁶ e, com maior retardo, na Itália¹⁷. E, bem mais à frente, em Portugal¹⁸ e na Espanha¹⁹. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculante e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou à América Latina, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis²⁰. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padeciam os países do continente de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao

¹⁶ Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959.

¹⁷ Na Itália, em um primeiro momento, a jurisprudência negou caráter preceptivo às normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, considerando-as insuscetíveis de aplicação sem a interposição do legislador. Sobre o tema, v. Therry Di Manno, *Code Civil e Constitution en Italie*. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005. V. tb., Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952.

¹⁸ V. J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss..

¹⁹ Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; e *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

²⁰ V. Luís Roberto Barroso, *A força normativa da Constituição: elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data da 1ª. edição). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. No Brasil, foi a partir da reconstitucionalização, em 1988, que ganhou densidade a doutrina e a jurisprudência que afirmavam a efetividade das normas constitucionais, permitindo o surgimento, finalmente, de uma “Constituição pra valer”.²¹

2. A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa da soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia constitucional²². A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário. Sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais²³. Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, tribunais constitucionais foram criados em toda a Europa continental²⁴. Atualmente, além do Reino Unido, somente Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão da supremacia parlamentar, nada obstante mesmo nesses países já se observem matizações.

²¹ Luis Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986

²² V. Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 714: “The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exceptions, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted. (...) These included the three Axis powers, Germany (1949), Italy (1948), and Japan (1947)”. Nesse texto, Gardbaum, professor da Universidade da Califórnia, estuda, precisamente, três experiências que, de acordo com sua análise, ficaram de fora da onda do *judicial review*: Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá.

²³ Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, na Constituição da Áustria, de 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. Partindo de uma perspectiva doutrinária diversa da que prevaleceu nos Estados Unidos, concebeu ele o controle como uma função constitucional (de natureza legislativa-negativa) e não propriamente como uma atividade judicial. Para tanto, previu a criação de um órgão específico – o Tribunal Constitucional – encarregado de exercê-lo de maneira concentrada. V. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 18.

²⁴ A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polónia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Sobre o tema, v. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 2, 1996, p. 383 e s.; Gustavo Binbenbim, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004, p. 39-40; Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 715-16; e Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 43.

Na América Latina, a maior parte dos países adota o modelo de controle de constitucionalidade vigente nos Estados Unidos²⁵. No Brasil, segue-se fórmula eclética, que combina o sistema americano com o europeu. Na linha do sistema americano, todos os juízes e tribunais podem negar aplicação às leis que considerem inconstitucionais. É o modelo identificado como incidental e difuso. Por outro lado, na linha do sistema europeu, o Supremo Tribunal Federal pode aferir a validade da lei em tese. É o denominado controle principal (por ação direta) e concentrado. A Constituição de 1988 deu significativo impulso ao controle por via de ação direta, ao ampliar o elenco de órgãos e pessoas que podem suscitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou não de uma lei em tese²⁶.

3. Os novos desenvolvimentos da interpretação constitucional

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram grande impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional. Foram afetadas as premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da *norma*, suas possibilidades e limites, e quanto ao papel do *intérprete*, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional, foram desenvolvidas novas categorias, com o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais, a crescente utilização da técnica da ponderação, a reabilitação da razão prática na argumentação jurídica, como fundamento de legitimação das decisões judiciais.

Nesse ambiente foi concebido e refinado o princípio da *razoabilidade* ou *proporcionalidade*, produto da conjugação de idéias vindas de dois sistemas diversos, respectivamente: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito constitucional norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio do estado de direito no âmbito do direito público alemão. Sem embargo da origem diversa, a esses princípios são subjacentes os mesmos valores: racionalidade, justiça, medida adequada, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. O princípio da razoabilidade/proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou

²⁵ Para uma análise da jurisdição constitucional em diferentes países da América Latina, v. *Duquesne Law Review* vol. 45, com os trabalhos apresentados no Simpósio Judicial review in the Americas...and beyond, 2007.

²⁶ Nos termos do art. 103 da Constituição, podem propor ações diretas constitucionais, dentre outros, o Presidente da República, os Governadores de Estado, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito fundamental (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha²⁷.

IV. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO OU A LEITURA DA ORDEM JURÍDICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Desse conjunto de fenômenos resultaram duas conseqüências importantes, que têm pautado a doutrina e a jurisprudência mais recentes: a constitucionalização do Direito e a conseqüente judicialização das relações sociais. A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito²⁸. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se está cuidando.

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico²⁹. Os valores, os fins

²⁷ V., na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, *BVerfGE*, 30, 292 (316). Na doutrina alemã, v. por todos, Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 111 e s. No direito francês, v. Philippe Xavier, *Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Marseille, Économica, 1990. No direito italiano, Gino Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2000. Em língua inglesa, v. David M. Beatty, *The ultimate rule of the law*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2004, p. 159 e s.

²⁸ Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Sobre o tema, v. Pierre Bon, *Table ronde: Le cas de Espagne*. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005, p. 95: "Como se sabe, a Constituição espanhola de 1978 é um perfeito exemplo do traço característico do constitucionalismo contemporâneo, no qual a Constituição não se limita mais, como no passado, a dispor sobre os princípios fundamentais do Estado, a elaborar um catálogo de direitos fundamentais, a definir as competências das instituições públicas mais importantes e a prever o modo de sua revisão. Ela vem reger praticamente todos os aspectos da vida jurídica, dando lugar ao sentimento de que não há fronteiras à extensão do seu domínio: tudo (ou quase) pode ser objeto de normas constitucionais; já não há um conteúdo material (e quase imutável) das Constituições" (tradução livre, texto ligeiramente editado).

²⁹ Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em certas línguas, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu – notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 –, *La constitutionnalization du Droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La*

públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, repercute também nas relações entre particulares, limitando sua autonomia da vontade em nome da proteção de valores constitucionais e de direitos fundamentais.

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso *Lüth*³⁰, julgado em 15 de janeiro de 1958³¹.

constitutionnalisation des branches du Droit, 1998, p. 191: "Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação". E, também, Ricardo Guastini, *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: "Por 'constitucionalización del ordenamiento jurídico' propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales".

³⁰ Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la uma violação ao § 826 do Código Civil (BGB) ("Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados"). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

³¹ *BverfGE 7*, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: "Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso". Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, onde descreve brevemente outros dois casos: "Blinkfuer" e "Wallraff"; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 e ss.

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”³², especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subseqüentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação³³. De parte isso, foram proferidas decisões importantes em temas como uniões homoafetivas³⁴ e direito dos contratos³⁵.

Na Itália, o processo de constitucionalização do Direito iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que, embora a Constituição tenha entrado em vigor em 1948, a Corte Constitucional só veio a ser instalada em 1956. A partir de então, as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da leitura constitucional do direito infraconstitucional manifestou-se em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas ordinárias em vigor³⁶.

³² Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code Civil e Constitution(s)*, 2005, p. 85.

³³ Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code Civil e Constitution(s)*, 2005, p. 87-8, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na sequência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

³⁴ Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass, v. sítio www.bverfg.de, acesso em 4 ago. 2005).

³⁵ Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, v. sítio www.bverfg.de, acesso em 4 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, v. sítio www.bverfg.de acesso em 4 ago. 2005).

³⁶ De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus. Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério, uso do nome do marido e direitos sucessórios de filhos ilegítimos, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito do trabalho e no direito de família, inclusive em relação ao divórcio e ao regime da adoção.

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor³⁷. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971³⁸. A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional³⁹. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição⁴⁰. Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação⁴¹.

Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil. V. Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, 1989; Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l'Italie. In: Michel Verpeaux, *Code Civil e Constitution(s)*, 2005, p. 103 e s.; Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5; Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

³⁷ V. Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958. In: www.conseil-constitutionnel.fr, acesso em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

³⁸ Objetivamente, a decisão 71-44 DC, de 16.07.71 (In: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, acesso em 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, Was it France's Marbury v. Madison?, *Ohio State Law Journal* 35:910, 1974; J.E.Beardsley, The Constitutional Council and constitutional liberties in France, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003.

³⁹ A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes era atribuído apenas ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, ao Presidente da Assembléia Nacional e ao Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou a sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958. In: www.conseil-constitutionnel.fr, acesso em 26 jul.2005.

⁴⁰ V. Louis Favoreu, La constitutionnalisation du Droit. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du Droit*, 1998, p. 190-2.

⁴¹ Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspere à ascensão da influência do Conselho Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988), a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. No Brasil, particularmente, em razão de uma Constituição extensa e analítica, a constitucionalização do Direito assumiu uma feição dúplice: a) a vinda para a Constituição de princípios relacionados com múltiplas áreas do Direito, incluídos o direito civil, administrativo, penal, processual e outros; b) a ida de princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, aos diferentes domínios do direito infraconstitucional, dando novo sentido e alcance a suas normas e institutos. Associado à constitucionalização do Direito, verificou-se um processo extenso e profundo de judicialização das relações sociais e de questões politicamente controvertidas, que acendeu o debate acerca do papel do Judiciário e da legitimação democrática de sua atuação.

A trajetória descrita acima corresponde ao que se pode identificar como a *americanização* do direito constitucional no mundo do direito civil. De fato, a centralidade da Constituição, a constitucionalização dos direitos fundamentais, a submissão de todo o ordenamento jurídico aos princípios constitucionais e a primazia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição são características do constitucionalismo americano desde a primeira hora. Suas bases teóricas podem ser encontradas em *O Federalista* e, concretamente, há precedente judicial firmado desde 1803. O modelo que conquistou o mundo, todavia, vive um momento de crise doméstica. A seguir o relato da experiência constitucional americana, com ênfase na jurisprudência da Suprema Corte nos últimos sessenta anos.

Parte III

O MODELO AMERICANO DE CONSTITUCIONALISMO, A ASCENSÃO CONSERVADORA E O DECLÍNIO DO PAPEL DA SUPREMA CORTE

I. *MARBURY V. MADISON*: OS FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL⁴²

l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil Constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction e le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, le cas échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel" (p. 409).

⁴² Nowak e Rotunda, *Constitutional law*, 2000; Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional law*, 1996; Gerald Gunther, *Constitutional law*, 1985; Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffin, *Constitutional law*, 1986 (com Suplemento de 2000); Glennon, Lively, Haddon, Roberts, Weaver, *A constitutional law anthology*, 1997; Murphy, Fleming e Harris, II, *American constitutional interpretation*, 1986; Kermit L. Hall (editor), *The Oxford Guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Roy P. Fairfield (editor),

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que esta atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa.⁴³

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão: *o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”⁴⁴.

É indiscutível que o voto de Marshall reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator. Ao estabelecer a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição, era o seu próprio poder que estava demarcando, poder que, aliás, viria a exercer pelos trinta e quatro longos anos

The federalist papers, 1981; Susan Bloch e Maeva Marcus, John Marshall's selective use of history in *Marbury v. Madison*, 1986 *Wisconsin Law Review*, 301; Lockard e Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992; Bartholomew e Menez, *Summaries of leading cases on the constitution*, 1983; Kermit L. Hall (editor), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2005.

⁴³ Mas não era pioneira nem original. De fato, havia precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês, ou em cortes federais inferiores e estaduais. Além disso, no plano teórico, Alexander Hamilton, no Federalista nº 78, havia exposto analiticamente a tese, em 1788. Nada obstante, foi com *Marbury v. Madison* que ela ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos. V. Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist Papers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, 1981; Kermit L. Hall (editor), *The Oxford Guide to United States Supreme Court decisions*, 1999, p. 174; Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1984, p. 59; Gerald Gunther, *Constitutional law*, 1985 (com Suplemento de 1988), p. 21 e s.

⁴⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). O texto transcrito está editado. Em defesa da competência do Poder Judiciário para desempenhar o controle de constitucionalidade, acrescentou ainda em seu voto: “(Do contrário), se o legislativo vier a fazer o que é expressamente proibido, tal ato, a despeito da proibição expressa, tornar-se-ia, em realidade, efetivo. Isso daria ao legislativo uma onipotência prática e real”.

em que permaneceu na presidência da Corte⁴⁵. A decisão trazia, no entanto, um toque de inextinguível sagacidade política. É que as teses nela veiculadas, que em última análise davam poderes ao Judiciário sobre os outros dois ramos de governo, jamais seriam aceitas passivamente por Jefferson e pelos republicanos do Congresso. Mas como nada lhes foi ordenado – pelo contrário, no caso concreto foi a vontade deles que prevaleceu – não tinham como descumprir ou desafiar a decisão. Contudo, na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e dos aspectos específicos do caso concreto, a decisão ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.⁴⁶

II. O LEGADO DE WARREN: ATIVISMO JUDICIAL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS⁴⁷

Os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo. Sua afirmação da igualdade entre os homens e de outros direitos individuais inspirou gerações de militantes dos direitos humanos, constitucionalistas e estadistas pelo mundo afora. Essa energia imensa, que atravessou continentes, foi gerada por uma idéia tentadora: a de que uma corte de justiça

⁴⁵ Na sequência histórica, e à vista do modelo de Estado federal adotado nos Estados Unidos, a Suprema Corte estabeleceu sua competência para exercer também o controle sobre atos, leis e decisões *estaduais* em face da Constituição e das leis federais, conhecendo de recursos contra pronunciamentos dos tribunais dos Estados. Em 1819, no julgamento de *McCulloch v. Maryland*, voltou a apreciar a constitucionalidade de uma lei federal (pela qual o Congresso instituiu um banco nacional), que, no entanto, foi reconhecida como válida. Somente em 1857, mais de cinquenta anos após a decisão em *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte voltou a declarar uma lei inconstitucional, na trágica decisão proferida em *Dred Scott v. Sandford*, que acirrou a discussão sobre a questão escravagista e desempenhou papel importante na eclosão da Guerra Civil.

⁴⁶ Antes de seguir adiante, é oportuno fazer uma observação relevante. Esta Parte III do presente estudo destina-se a uma análise objetiva da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade desenvolvidos pela Suprema Corte nas décadas que se seguiram à 2ª. Guerra Mundial até os dias de hoje. Por esta razão, não serão tratados aqui períodos históricos importantes para o direito constitucional americano, como a Reconstrução e o New Deal. Tampouco será analisado o ativismo judicial conservador, fundando no devido processo legal substantivo, que se estende do final do século XIX até a segunda metade da década de 30 do século XX. Conhecido como *Lochner Era*, caracterizou-se pela declaração de inconstitucionalidade de inúmeras leis que permitiam a regulação econômica pelo governo e promoviam direitos sociais (*welfare rights*). Este período se encerra após o confronto de Franklin Roosevelt com a Suprema Corte, que seguidamente invalidou leis que previam maior intervenção do Estado na ordem econômica e social. Em 1937, ao julgar *West Coast vs. Parrish*, a Suprema Corte cedeu o passo aos novos tempos e às novas maiorias políticas, considerando constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres.

⁴⁷ Jim Newton, *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*, 2006; Morton J. Horowitz, *The Warren Court and the pursuit of justice*, 1998; Richard H. Saylor, Barry B. Boyer e Robert E. Gooding, Jr (eds.), *The Warren Court: a critical analysis*, 1968; Epstein Lee; Thomas G. Walker, *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*, 995; Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond e Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution*, 2003; Kermit L. Hall (editor), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2005; Grier Stephenson Jr., The judicial bookshelf, *Journal of Supreme Court History* 31:306; Michael E. Parrish, Review essay: Earl Warren and the American judicial tradition. *Law & Social Inquiry*, volume 7, oct. 1982. Em língua portuguesa, v. Sergio Fernando Moro, A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 36:337, 2001.

progressista pode promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer. As minorias reacionárias e as maiorias acomodadas são capazes de retardar indefinidamente o processo histórico. Nessas horas, é preciso que uma vanguarda intelectual, comprometida com o avanço civilizatório e a causa da humanidade, desobstrua o caminho e dê passagem ao progresso social.

É possível advertir para a visão idealista abrigada nessa crença, bem como para os riscos democráticos que envolve. A verdade, contudo, é que quando Earl Warren deixou a presidência da Suprema Corte, em 1969, a segregação em escolas e demais ambientes públicos já não era mais permitida; o arbítrio policial contra pobres e negros estava minorado; comunistas ou suspeitos de serem comunistas não podiam ser expostos de maneira degradante e ruinosa para suas carreiras e suas vidas; acusados em processos criminais não podiam ser julgados sem advogado; o Estado não podia invadir o quarto de um casal em busca de contraceptivos. Todas as profundas transformações acima relatadas foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial⁴⁸. A seguir, uma breve síntese da jurisprudência emblemática produzida pela Corte Warren, responsável pela reversão de mais de cinquenta precedentes.⁴⁹

A firme posição em favor da *dessegregação racial* é celebrada como a principal contribuição da Corte Warren para o direito constitucional americano e para a causa dos direitos civis. *Brown v. Board of Education*⁵⁰, julgado em 1954, representou, no plano jurídico, a superação da doutrina do “separados, mas iguais”, estabelecida em *Plessy v. Ferguson*⁵¹, ao considerar inconstitucional a separação entre crianças brancas e negras nas escolas públicas e determinar a adoção de uma política de integração. Warren conseguiu liderar a Suprema Corte a uma decisão unânime, de apenas onze páginas, cuja ênfase recaía não em aspectos jurídicos – como o sentido e alcance da Emenda 14 ou a superação de *Plessy* –, mas no argumento da intrínseca desigualdade da discriminação em matéria de educação, pelo sentimento de inferioridade que ela produzia nas crianças

⁴⁸ Jim Newson, *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*, 2006, p. 405.

⁴⁹ Grier Stephenson Jr., The judicial bookshelf, *Journal of Supreme Court History* 31:306, p. 306: “The Warren Court was both busy and consequential, and was one of the most remarkable in judicial history. By one count, in the approximately 150 years before President Dwight Eisenhower’s appointment of the fourteenth Chief Justice in 1953, the High Court had overruled seventy-five of its own precedents. During Warren’s sixteen years in the center chair, the Court added another fifty-four to the list”. O autor remete a Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth e Thomas G. Walker, *The Supreme Court compendium: Data, decisions, & developments*, 2004, p. 129-37.

⁵⁰ 347 U.S. 483 (1954).

⁵¹ 163 U.S. 537 (1896).

negras, tal como demonstrado em estudos psicológicos expressamente levados em conta no acórdão⁵². Os efeitos dessa decisão histórica se projetariam pelas décadas seguintes⁵³.

Outra área em que a atuação da Corte Warren rompeu preconceitos foi a dos direitos das pessoas submetidas a investigação ou a processo criminal. Em *Mapp v. Ohio*, 1961⁵⁴, decretou a inadmissibilidade da utilização de provas obtidas de modo ilícito, por violar a Emenda 4, que proíbe buscas e apreensões irrazoáveis. Em *Gideon v. Wainwright* (1963)⁵⁵, estendeu às cortes estaduais a obrigatoriedade de prover advogado de defesa em processo criminal aos acusados que não tenham recursos para contratá-lo. Em *Miranda v. Arizona* (1966)⁵⁶, assentou que o suspeito deve ser informado do seu direito de se consultar com um advogado e do seu direito de não se auto-incriminar, podendo permanecer calado. A Suprema Corte enfrentou a histeria anticomunista e a caça às bruxas motivadas pela guerra fria⁵⁷. Em inúmeros casos julgados em 1956 e 1957, a Corte procurou impedir a perseguição e a exposição pública vexatória de comunistas ou pessoas acusadas de o serem.⁵⁸ Por esta atuação, a Suprema Corte, que já sofria a rejeição ostensiva das lideranças do sul, devido à sua posição em questões raciais, passou a ser hostilizada também pelos que a consideravam condescendente com os comunistas.

Diversos historiadores e o próprio Warren reputam que a atuação mais relevante da Suprema Corte, no período, teve por objeto matéria de menor visibilidade e

⁵² A nota de rodapé n. 11 fazia menção a um conjunto de estudos, como se verifica de sua transcrição: "11. K. B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Midcentury White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion, 26 J. Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects of [347 U.S. 483, 495] Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int. J. Opinion and Attitude Res. 229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (MacIver, ed., (1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. And see generally Myrdal, An American Dilemma (1944)".

⁵³ O primeiro grande efeito da decisão em *Brown* foi simbólico, servindo de alento e motivação para a comunidade negra em geral, que começou a articular o cumprimento da decisão e outros avanços políticos e sociais. A decisão despertou, igualmente, grande reação, especialmente dos Estados do sul, com declarações desafiadoras de não acatamento por parte de políticos e autoridades. Como o julgado não explicitava o modo como deveria ser implementado, foi necessário novo pronunciamento da Corte, conhecido como *Brown II*, cerca de um ano depois, reiterando a posição unânime dos juízes e determinando que a integração deveria ser feita "com toda a velocidade possível". Na prática, a batalha pela concretização da dessegregação se transferiu para as cortes distritais e ainda levaria muitos anos até se completar. V. Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond e Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education: Caste, culture, and the Constitution*, 2003, especialmente p. 183 e s. Em 1967, Thurgood Marshall, principal advogado da National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), que promovera o caso *Brown* e, antes dele, inúmeros outros, tornou-se o primeiro afro-americano a ser nomeado para a Suprema Corte.

⁵⁴ 367 U.S. 335 (1961).

⁵⁵ 372 U.S. 335 (1963).

⁵⁶ 384 U.S. 436 (1966).

⁵⁷ Interessantemente, o Presidente Eisenhower havia nomeado quatro dos Ministros que compunham a Corte, a essa altura acusada de defender comunistas: Warren, Brennan, Harlan e Whittaker. V. Jim Newton, *Justice for all*, 2006, p. 354.

⁵⁸ V. *Pennsylvania v. Nelson* (1956), *Jencks v. United States* (1957), *Watkins v. United States* (1957), *Sweezy v. New Hampshire* (1957), *Service v. Dulles* (1957) e *Yates v. United States* (1957).

repercussão fora dos Estados Unidos: a reordenação de distritos eleitorais⁵⁹. Em inúmeros estados, o modo como os distritos eleitorais eram divididos favorecia as oligarquias políticas tradicionais e, sobretudo, diminuía o peso eleitoral dos eleitores negros. Em *Baker v. Carr* (1962)⁶⁰, a Corte superou a tese de que se tratava de questão política⁶¹ e, portanto, afeta ao Legislativo, não aos tribunais. Ao admitir rever e redefinir distritos eleitorais – decisão ratificada e aprofundada em *Reynolds v. Simms*⁶² e *Lucas v. Colorado General Assembly*⁶³ –, a Suprema Corte reiterou um dos fundamentos do constitucionalismo democrático: o de que as maiorias podem violar os direitos fundamentais⁶⁴. Na sequência histórica, a Corte afirmou a constitucionalidade do *Voting Rights Act*, de 1965, que impedia medidas que dificultassem o registro de eleitores negros.⁶⁵

Como se percebe, a Corte Warren transferiu o foco dos julgados da Suprema Corte do direito de propriedade para os direitos pessoais. No âmbito da *liberdade de expressão*, decisões como *New York Times v. Sullivan* (1964)⁶⁶ e *Brandenburg v. Ohio* (1969)⁶⁷ pavimentaram o caminho para uma imprensa forte e livre. Em *Griswold v. Connecticut* (1965)⁶⁸, afirmou o *direito de privacidade*, reconhecendo, com base na Emenda 9, a existência de direitos não enumerados na *Bill of Rights*. Ainda no plano da *igualdade racial*, a Corte declarou, em *Loving v. Virginia* (1967)⁶⁹, por unanimidade, a inconstitucionalidade da vedação de casamento inter-racial, que vigorava na Virginia e em outros dezesseis estados. Em *Engel v. Vitale* (1962)⁷⁰, considerou inconstitucional, por

⁵⁹ V. Richard H. Saylor, Barry B. Boyer e Robert E. Goodign, Jr. (eds.), *The Warren Court*, 1969, p. vii; e Jim Newton, *Justice for all*, 2006, p. 388.

⁶⁰ 369 U.S. 186 (1962).

⁶¹ *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

⁶² 377 U.S. 533 (1964).

⁶³ 377 U.S. 713 (1964).

⁶⁴ *Lucas v. Colorado General Assembly*, 377 U.S. 713 (1964), 736: "An individual's constitutionally protected right to cast an equally weighted vote cannot be denied even by a vote of a majority of a State's electorate, if the apportionment scheme adopted by the voters fails to measure up to the requirements of the Equal Protection Clause. (...) A citizen's constitutional rights can hardly be infringed simply because a majority of the people choose that it be".

⁶⁵ V. *South Carolina v. Katzenbach* (1966), *Harper v. Virginia Board of Elections* (1966) e *Katzenbach v. Morgan* (1966).

⁶⁶ 376 U.S. 254 (1964). Considerado um marco em matéria de liberdade de expressão, estabeleceu o requisito de *actual malice* para a obtenção de reparação de danos em ações movidas contra órgãos de imprensa por crime contra a honra. *Actual malice* significa consciência da falsidade da imputação ou total negligência quanto à verificação de sua veracidade.

⁶⁷ 395 U.S. 444 (1969). Um discurso em evento público somente pode ser considerado crime se se destinar a incitar ou produzir ações ilegais iminentes e se houver probabilidade de que elas ocorram.

⁶⁸ 381 U.S. 479 (1965). Lei estadual que proíbe o uso de contraceptivos, assim como a atividade de aconselhamento sobre meios contraceptivos, viola o direito de privacidade do casal.

⁶⁹ 388 U.S. 1 (1967).

⁷⁰ 370 U.S. 421 (1962).

violação da Emenda 1, a leitura, todos os dias de manhã, de uma oração nas escolas públicas.

Ao contrário do que por vezes se supõe, o período não foi marcado por uma linha ininterrupta de decisões progressistas, tomadas por unanimidade ou por maiorias amplas. Pelo contrário, a despeito da expressiva unanimidade em *Brown*, a Corte esteve dividida por muitos anos entre os que defendiam uma posição ativista e os que pregavam a auto-contenção judicial. Somente com a aposentadoria de Wittaker e, sobretudo, de Felix Frankfurter – este, a principal liderança contrária ao ativismo judicial –, em 1962, e as nomeações feitas por John Kennedy, que tomara posse no ano anterior, Warren e a maioria ativista assumiram controle efetivo da Corte. Warren se aposentou em 1969, após uma tentativa frustrada de dar a Lyndon Johnson a chance de fazer o seu sucessor⁷¹. Embora seja associada, invariavelmente, com o ativismo judicial, examinada em perspectiva histórica a Corte Warren se destaca, verdadeiramente, pela construção de uma democracia inclusiva⁷², por uma visão humanista dos problemas sociais e pelo avanço dos direitos civis e individuais, inclusive os não-enumerados na Constituição.

III. A VOLTA DO PÊNDULO: A ASCENSÃO DO CONSERVADORISMO E O DISCURSO DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

1. A Corte Burger⁷³

Com a eleição de Richard Nixon, em 1968, a agenda política do país deslocou-se para a direita, gerando a pressão por uma Suprema Corte mais conservadora e menos ativista. Para a vaga de Presidente da Corte (*Chief Justice*), que fora de Earl Warren, foi nomeado Warren Burger, um advogado com ligações políticas republicanas, que desde

⁷¹ Em junho de 1968, Warren entregou sua carta comunicando a intenção de se aposentar. É conhecimento convencional que, diante da perspectiva de vitória de Richard Nixon nas eleições daquele ano, o *Chief Justice* quis dar ao Presidente a oportunidade de fazer o seu sucessor na Corte. Lyndon Johnson indicou Abe Fortas, que já estava na Suprema Corte desde 1965 como *Associate Justice*. A candidatura de Fortas, no entanto, foi abatida no Senado, devido a razões que se cumularam: a fraqueza de um Presidente em final de mandato e que não concorreria à reeleição; a visão crítica que muitos Senadores tinham da posição da Corte em temas como crime e obscenidade; e circunstâncias associadas à personalidade e a certas atitudes de Fortas. Sobre o tema, v. Jim Newton, *Justice for all*, 2006, p. 491 e s; Kermit L. Hall (ed.), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2005, p.356-7; e Laura Kalman, *Abe Fortas*, 1990.

⁷² V. Morton J. Horwitz, *The Warren Court and the pursuit of justice*, 1998, p. 115: “The Warren Court’s inclusive idea of democracy was built on the revival of the Equal Protection Clause in *Brown*. It then spread beyond race cases to cover other outsiders in American society: religious minorities, political radicals, aliens, ethnic minorities, prisoners, and criminal defendants”.

⁷³ Bernard Schwartz, *The ascent of pragmatism: the Burger Court in action*, 1990; Vincent Blasi, *The Burger Court: The counter-revolution that wasn’t*, 1983; Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Kermit Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005; Mark Tushnet, The optimist’s tale, *University of Pennsylvania Law Review* 132:1257, 1984; Gene Nichol, Jr., An activism of ambivalence, *Harvard Law Review* 98:315, 1984; Robert F. Nagel, On complaining about the Burger Court, *Columbia Law Review* 84:2068, 1984;

1956 exercia a judicatura na Corte Federal de Apelações do Distrito de Columbia (*U.S. Court of Appeals for the District of Columbia*). Burger se opunha à jurisprudência produzida pela Corte Warren, sobretudo em matéria criminal, e era crítico do ativismo judicial. Essas foram razões decisivas para a escolha do seu nome.

Além do *Chief Justice*, Nixon ainda viria a nomear três outros juízes (*Associate Justices*) ao longo de sua presidência⁷⁴. A verdade, todavia, é que as nomeações não produziram a virada jurisprudencial que se desejava. Embora seja inegável que a Corte Burger (1969-1986) tenha sido o marco inicial de uma duradoura tendência conservadora em muitos domínios, a contra-revolução temida pelos liberais não se consumou⁷⁵. E certamente não foi uma Corte cuja característica fosse a auto-contenção. O fato real é que com suas idas e vindas, indecisões e sinais contraditórios, a Corte Burger não comporta uma análise homogênea. Em algumas áreas, indiscutivelmente, significou um retrocesso ou, pelo menos, um freio nas posições de sua antecessora. Em outras, todavia, foi surpreendentemente avançada, ainda que sem o entusiasmo ou o voto de seu Presidente.

Uma das áreas em que se deu um passo atrás foi em relação aos *direitos dos acusados em procedimentos criminais*, tema no qual a jurisprudência da Corte se alinhou ao discurso da lei e da ordem e do aumento da discricionariedade policial. A Corte Burger produziu um conjunto de exceções, limitações e qualificações que matizaram o alcance da jurisprudência produzida pela Corte Warren⁷⁶, notadamente no tocante à caracterização da ilicitude das provas⁷⁷ e aos direitos decorrentes de *Miranda*⁷⁸. Talvez mais importante do que as mudanças substantivas nessa matéria tenham sido as alterações de natureza processual, com a redução do alcance do *habeas corpus* e das possibilidades de

⁷⁴ Foram eles: Harry Blackmun, Lewis Powell, Jr. e William Rehnquist. Gerald Ford veio a indicar John Paul Stevens. A Burger Court se completou com a primeira nomeação de Ronald Reagan, Sandra Day O'Connor. Sobre a atuação desses juízes, assinalaram Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 369: "(...)Harry Blackmun, moved from the right to the left on the Court. William H. Rehnquist would prove to be an able ally, but Warren Burger and Lewis Powell turned out to be conservative centrists. (...) John Paul Stevens, would join the liberal wing of the Court, and (...) Sandra Day O'Connor, proved to be a liberal on a number of issues and a moderate on many more".

⁷⁵ Mark Tushnet, *The optimist's tale*, *University of Pennsylvania Law Review* 132:1257, 1984, p. 3.

⁷⁶ Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 402.

⁷⁷ A decisão em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) foi atacada em casos como *Schneklloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973), *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976) e *Washington v. Chrisman* (1982), *Illinois v. Gates* (1983), *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

⁷⁸ Como antes ressaltado, em *Miranda v. Arizona* (1966), a Corte decidiu que o suspeito em matéria criminal deve ser informado do seu direito de se consultar com um advogado e do seu direito de não se auto-incriminar, podendo permanecer calado. V. *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971), *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974), *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980) e *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984). Sobre o tema, v. Cyril D. Robinson, Review essay. The criminal procedure political connection: Miranda before and after, *Law & Society Inquiry* 10:427, 1985.

acesso ao Judiciário federal⁷⁹. No tocante à pena de morte, a despeito da decisão em *Furman v. Geórgia* (1972)⁸⁰, que considerou a pena de morte, tal como prevista na legislação da Geórgia e do Texas, inconstitucional, por violação da Emenda 8 ("*cruel and unusual punishment*"), a Suprema Corte veio a admitir a maior parte das leis estaduais que vieram a ser reescritas após aquela decisão⁸¹.

Outro campo em que a Corte Burger não conseguiu a mesma unidade e clareza de propósitos da corte liderada por Warren foi o da igualdade racial. Em *Griggs v. Duke Power Co* (1971)⁸², por exemplo, a Corte seguiu os passos de sua antecessora ao lidar com a discriminação nas relações de emprego. Em *Fullilove v. Klutznick* (1980)⁸³, declarou ser compatível com a Constituição lei editada pelo Congresso que destinava dez por cento dos recursos para obras públicas para contratação de empresas de propriedade de integrantes de minorias. Porém, em *Regents of the University of California v. Bakke* (1978)⁸⁴, considerou inválido o sistema de quotas para ingresso na Universidade, embora tenha afirmado serem admissíveis programas de ação afirmativa em favor de minorias.⁸⁵

Uma das decisões da Corte Burger que produziram maior repercussão política foi proferida em *United States v. Nixon* (1974).⁸⁶ Como desdobramento do caso *Watergate*, a Corte rejeitou a alegação de imunidade e privilégio do Executivo e determinou a entrega de fitas gravadas no gabinete presidencial ao promotor especial que investigava o caso. As fitas eram incriminadoras, e três semanas depois da decisão o Presidente renunciou ao cargo. No entanto, fora das circunstâncias e das paixões de Watergate, em

⁷⁹ Gene Nichol, Jr., An activism of ambivalence, *Harvard Law Review* 98:315, 1984, p. 319-320: "The Burger Court has reversed these (the Burger Court) procedural trends. The Court has firmly closed the doors to broad habeas corpus review. (...) The Court has managed, however, to narrow much of the supervisory authority of the federal judiciary. As a result of access limitations, state criminal and federal administrative decisionmaking have become increasingly insulated from direct federal judicial review. The Burger Court has indirectly narrowed constitutional protections by limiting the procedures available to vindicate them".

⁸⁰ 408 U.S. 238 (1972).

⁸¹ Mark A. Graber, Constructing judicial review, *Annual Review of Political Science* 8:442, 2005: "The death penalty seemed moribund when conservatives come to judicial power. The Supreme Court in 1972 declared unconstitutionally arbitrary all state laws imposing capital punishment (*Furman v. Georgia* 1972). The Burger and Rehnquist Courts then sustained most rewritten state statutes, despite evidence that substantial arbitrariness remains in the death sentencing process".

⁸² 401 U.S. 424 (1971). Por 8 a 0 (Brennan não participou), considerou inconstitucionais, para fins de contratação e promoção de empregados, testes e exigências que produziam impacto desproporcional sobre candidatos negros.

⁸³ 448 U.S. 448 (1980).

⁸⁴ 438 U.S. 265 (1978). A decisão foi tomada por uma Corte dividida em 5 a 4. O voto decisivo coube ao Justice Lewis Powell.

⁸⁵ Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 380; e Kermit Hall (ed), *The Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005, p. 124.

⁸⁶ 418 U.S. 683 (1974).

decisões como *Dames & Moore v. Reagan* (1981)⁸⁷ e *Nixon v. Fitzgerald* (1982)⁸⁸, a Corte estabeleceu um padrão de deferência ao Poder Executivo⁸⁹. Em *Immigration and Naturalization Service v. Chada* (1983)⁹⁰, a Corte considerou inconstitucional o “veto legislativo” – isto é, a cassação pelo Congresso de ato praticado por agência administrativa –, sob o fundamento de violação da separação de poderes.

Nenhuma área de atuação da Corte Burger foi tão celebrada quanto a dos direitos das mulheres, em um conjunto contínuo e constante de decisões que declararam inválidas leis que discriminavam em função do gênero. Em *Reed v. Reed* (1971)⁹¹, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei do Estado de Idaho que dava preferência ao homem sobre a mulher para exercer o cargo de inventariante do espólio. Em *Frontiero v. Richardson* (1973)⁹², a Corte considerou inconstitucional que militares do sexo masculino pudessem ter suas mulheres como dependentes, mas que militares do sexo feminino não pudessem dar a mesma condição a seus maridos. Especialmente significativa nessa matéria foi a decisão tomada em *Craig v. Boren* (1976)⁹³, menos pelas particularidades do caso e mais porque foi a partir dele que se determinou que as classificações baseadas em sexo fossem submetidas a uma análise mais rígida de constitucionalidade (*heightened scrutiny*)⁹⁴

É ainda no domínio do direito das mulheres que pode ser situada uma das decisões de maior impacto dentre todas as tomadas pela Suprema Corte ao longo de sua história: *Roe v. Wade* (1973)⁹⁵. Ao julgar o caso, a Corte afirmou a existência de um direito constitucional da mulher ao aborto, invalidando a maior parte das leis estaduais que o proibiam. *Roe* deflagrou um debate nacional que dura desde então, com os componentes políticos, religiosos e morais que dividem a sociedade americana entre o bloco favorável

⁸⁷ 453 U.S. 654 (1981). A Corte considerou válido o decreto presidencial 12170 que, implementando acordo com o Irã, extinguiu ações judiciais, anulou penhoras (nullified attachments) e transferiu as demandas existentes para um tribunal arbitral recém-criado.

⁸⁸ 457 U.S. 731 (1982). A Corte assentou que o Presidente desfrutava de absoluta imunidade de responsabilidade por danos decorrentes de seus atos oficiais.

⁸⁹ V. Vincent Blasi, *The rootless activism of the Burger Court*. In: Vincent Blasi (ed.), *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983, p. 202.

⁹⁰ 462 U.S. 919 (1983).

⁹¹ 404 U.S. 71 (1971).

⁹² 411 U.S. 677 (1973).

⁹³ 429 U.S. 190 (1976).

⁹⁴ A Corte considerou que violava a cláusula do *equal protection* lei do Estado de Oklahoma que proibia a venda de cerveja a homens com menos de 21 anos, mas permitia sua aquisição por mulheres com mais de 18. Justice William Brennan foi o relator que desenvolveu a idéia do exame mais rigoroso (*stricter scrutiny*) pelo qual a desequiparação em razão do gênero “must serve important governmental objectives and must be substantially related to those objectives”. Rehnquist e Burger dissentiram.

⁹⁵ 410 U.S. 113.

(*pro-choice*) e o contrário (*pro-life*). O principal fundamento do julgado foi o *direito de privacidade*, que decorreria da cláusula do devido processo legal abrigada na Emenda 14. É indiscutível, todavia, que *Roe* poderia ser requalificado como um caso envolvendo igualdade de gênero, na medida em que é a mulher quem sofre as principais consequências da gestação indesejada. Trata-se, portanto, de inestimável conquista para liberdade das mulheres. A Corte Burger, no entanto, não ousou ir além, negando a extensão do direito de privacidade às relações homoafetivas.⁹⁶

Em temas relacionados à liberdade de expressão, a Corte também proferiu importantes decisões. Em *New York Times v. United States* (1971)⁹⁷, caso conhecido como *Pentagon Papers case*, a Suprema Corte entendeu que o Governo Nixon não havia sido capaz de justificar a necessidade de censura prévia, em nome da segurança nacional, para impedir a publicação de relatório sobre a Guerra do Vietnam vazado para a imprensa. Ao julgar casos como *Bigelow v. Virginia* (1975)⁹⁸ e *Virginia v. Bd. Of Pharmacy v. Virginia Consumer Council* (1976)⁹⁹, a Corte estendeu a proteção da Emenda 1 à expressão comercial e publicitária. Menos louvada foi a decisão por 5 a 4 em *Branzburg v. Hayes* (1972)¹⁰⁰, negando a um jornalista o direito de proteger a confidencialidade de sua fonte. Mais controvertida ainda foi a orientação adotada em *Buckley v. Valeo* (1976)¹⁰¹. Nessa decisão, a Corte considerou válida a imposição legal de limites a contribuições individuais para as campanhas eleitorais, mas invalidou disposições que restringiam os gastos de campanha, sob o fundamento de que as limitações impostas interferiam na liberdade de expressão política, violando a Emenda 1.

A crítica progressista à Corte Burger costuma enfatizar que ela foi ativista em favor das prerrogativas da propriedade e com indiferença pelos pobres em geral.¹⁰² A despeito da decisão em *Roe*, reconhecendo o direito ao aborto, a Corte entendeu que nem os estados nem o governo federal tinham o dever jurídico de tornar o exercício desse direito acessível a quem não possuísse recursos próprios.¹⁰³ A Corte

⁹⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁹⁷ 403 U.S. 713 (1971).

⁹⁸ 421 U.S. 809 (1975).

⁹⁹ 425 U.S. 748 (1976).

¹⁰⁰ 408 U.S. 665 (1972).

¹⁰¹ 424 U.S. 1 (1976).

¹⁰² Mark Tushnet, *The optimist's tale*, *University of Pennsylvania Law Review* 132:1257, 1984, p. 1270: "With this insight it is indeed possible to find the roots of the Burger Court's activism. They lie in the philosophy that the government as a whole has the duty to protect the prerogatives of property and that no part of the government has the duty to minimize the harms that lack of property inflicts on those so unfortunate not to have enough".

¹⁰³ Em *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977), a Corte considerou constitucional a legislação de Connecticut que só concedia assistência médica para abortos decorrentes de necessidade médica: "The Equal Protection Clause does

introduziu, ainda, a propriedade como “nova variável”¹⁰⁴ no conjunto de valores protegidos pela Emenda 1, destacando-se decisões como *Buckley v. Valeo* (1976)¹⁰⁵, sobre financiamento eleitoral, e *Central Hudson Gás & Electric Corp. v. Public Service Commission* (1980)¹⁰⁶, em matéria de *commercial speech*. Por fim, como já assinalado, a jurisprudência da Corte Burger restringiu o acesso dos mais pobres ao Judiciário federal, diminuindo, dessa forma, a proteção de direitos constitucionais.¹⁰⁷

2. A Corte Rehnquist¹⁰⁸

A onda liberal iniciada no final dos anos 50 já havia chegado ao fim quando Ronald Reagan assumiu a Presidência, em 1981, substituindo Jimmy Carter. A partir daí, o Partido Republicano se instalaria na Casa Branca por três mandatos consecutivos, com uma agenda política conservadora, uma visão econômica fundada no *laissez-faire* e um discurso moralista, de fundo religioso. William Rehnquist, que fora nomeado juiz (*Associate Justice*) por Richard Nixon, em 1972, surgiu como um nome natural para a sucessão de Earl Burger¹⁰⁹. Rehnquist era o juiz mais conservador da Corte Burger e encarnava o ideal de auto-contenção, deferência ao Executivo, interpretação estrita, inclusive quanto à superação da decisão em *Roe v. Wade*, que se tornara uma

not require a State participating in the Medicaid program to pay the expenses incident to nontherapeutic abortions for indigent women simply because it has made a policy choice to pay expenses incident to childbirth. Pp. 469-480”. Em *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), a Corte considerou constitucional uma norma federal que proibia o uso de recursos federais para a realização de abortos, houvesse necessidade médica ou não (medically necessary or not).

¹⁰⁴ Dorsen & Gora, The Burger Court and the freedom of speech. In: *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983, p. 28.

¹⁰⁵ 424 U.S. 1 (1976).

¹⁰⁶ 447 U.S. 557 (1980).

¹⁰⁷ Robert W. Bennett, The Burger Court and the poor. In: *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983, pp. 57-61.

¹⁰⁸ Mark Tushnet, *A Court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*, 2005; Craig Bradley (ed.), *The Rehnquist Legacy*, Cambridge University Press, 2005; Thomas Merrill, “The making of the Second Rehnquist Court”, *St. Louis L.J.* 47:569 (2003); Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Kermit Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005; Kermit Hall (ed.), *The Oxford Companion to American law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002; Lyle Denniston, Rehnquist to Roberts: The “Reagan revolution” fulfilled?, *University of Pennsylvania Law Review* 6:63, 2006; John M. Nannes, The Lone Dissenter, *Journal of Supreme Court history* 31:1-2, 2006; Erwin Chemerinsky, Assessing chief justice William Rehnquist, *University of Pennsylvania Law Review* 6:1334, 2006; Mark. A. Graber, Constructing Judicial Review, *Annual review of Political Science* 8:439-40, 2005; Thomas Tandy Lewis, U. S. Supreme Court, v. 1, 2007, p. 156; Daniel M. Katz, Institutional rules, strategic behavior and the legacy of Chief Justice William Rehnquist: setting the record straight on *Dickerson v. United States*, *Journal of Law and Politics* 22:28, 2006; Henry F. Fradella, Legal, moral, and social reasons for descriminalizing sodomy, *Journal of contemporary criminal justice* 18:289, 2002; Wendy E. Parmet, The Supreme Court confronts HIV: Reflections on *Bragdon v. Abbott*, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 26:227, 1998.

¹⁰⁹ Earl Burger aposentou-se como Chief Justice em 1986, tendo assumido a posição de presidente da Comissão do Bicentenário da Constituição Americana.

obsessão republicana¹¹⁰. Rehnquist permaneceu na Corte por um total de 33 anos, tendo sido seu Presidente por 19 anos, de 1986 a 2005.

A exemplo de outras Cortes que a precederam, a Corte Rehnquist atravessou fases diversas¹¹¹, em função de sua composição e da capacidade do *Chief Justice* de liderar, a cada tempo, maiorias consistentes. A expectativa inicial que motivou a indicação de Rehnquist para a Corte – rever decisões consideradas liberais e colaborar na implementação de um projeto político conservador – consumou-se apenas parcialmente. Em áreas como federalismo, religião e direitos de propriedade, a Corte Rehnquist imprimiu, inequivocamente, sua marca. Por outro lado, em temas como aborto e direitos dos acusados em processos criminais, muito embora tenham sido dados passos atrás, a Corte não reverteu *Roe v. Wade* nem *Miranda v. Arizona*. Mesmo no tocante às ações afirmativas, a porta não foi inteiramente fechada¹¹², a despeito das múltiplas exigências e qualificações introduzidas pela jurisprudência da Corte. Em relação a algumas matérias, apesar do voto dissidente do *Chief Justice*, houve até avanços, como na extensão do direito de privacidade às relações homoafetivas. A seguir, breve análise do desempenho da Corte em alguns domínios relevantes.

Uma área em que a Corte Rehnquist, inegavelmente, foi capaz de concretizar o projeto político de Reagan e dos conservadores foi a do *federalismo*. Sob a influência do Presidente da Corte, alterou-se o equilíbrio entre governo federal e governos estaduais, com a limitação do poder tanto do Congresso quanto do Judiciário federal. A “revolução federalista” – ou o “novo federalismo” – foi efetivada, sobretudo, por via de três linhas jurisprudenciais¹¹³: a) restrição do poder do Congresso com base em sua competência constitucional para regular o comércio interestadual (Art. I, *Clause* 3, Section

¹¹⁰ Lyle Denniston, Rehnquist to Roberts: The “Reagan revolution” fulfilled?, *University of Pennsylvania Law Review* 6:63, 2006: “More than anything else in its domestic aspirations, the Reagan Administration wanted a more conservative Court, especially to raise the chances for overruling *Roe v. Wade*--that despised legacy of the Burger Court”.

¹¹¹ V. Thomas Merrill, “The making of the Second Rehnquist Court”, *St. Louis L.J.* 47:569 (2003). O autor, em conferência proferida em 2002, dividiu o período da Corte Rehnquist em duas fases. A primeira ia de 1986 a 1995, período em que houve inúmeras nomeações para a Corte, e que teve na agenda questões sociais controversas, como aborto e prece nas escolas. Nessa fase, a Corte não foi capaz de avançar significativamente a agenda conservadora. A segunda fase teve início em 1994, quando a Corte passa das questões sociais para questões estruturais, envolvendo particularmente o federalismo. Aí, a maioria conservadora, sob a liderança do Presidente, obteve expressivo sucesso. Em sua *Foreword: the third Rehnquist Court* ao livro de Craig Bradley (ed.), *The Rehnquist Legacy*, 2005, Linda Greenhouse identificou uma terceira fase, correspondente aos anos finais da Corte, entre 2002 e 2005, quando questões sociais como os direitos dos homossexuais e ações afirmativas voltaram à discussão e houve um refluxo na “revolução federalista”. Nesse período, Rehnquist já não conseguiu mais liderar a Corte em diversas decisões, tendo votado com a minoria.

¹¹² Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 419.

¹¹³ Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 436.

8)¹¹⁴; b) redescoberta da doutrina da imunidade soberana dos estados, com base nas emendas 10 e 11¹¹⁵; c) ressurreição da doutrina do *state action* nas ações baseadas na Emenda 14¹¹⁶. Na avaliação dos estudiosos nos conflitos entre governo e particulares, a tendência da Corte foi a de se alinhar com o governo. Por outro lado, nas disputas entre o governo federal e o estadual, a Corte se inclinou em favor dos estados, invalidando seguidamente a legislação federal¹¹⁷.

Outro tema central para a Corte Rehnquist era o dos direitos das pessoas acusadas em procedimentos criminais. O *Chief Justice* se empenhou para restringir os efeitos de *Mapp v. Ohio* e de *Miranda v. Arizona* durante todo o período em que esteve à frente da Corte¹¹⁸. E, de fato, o alcance de tais precedentes foi limitado em decisões como *Whren v. United States* (1996)¹¹⁹ e *Atwater v. Lago Vista* (2001)¹²⁰. Porém, não sem causar alguma surpresa – e decepção para os defensores da posição mais rígida em questões penais –, a Corte reafirmou *Miranda* ao decidir *Dickerson v. United States* (2000)¹²¹, dando àquela combatida decisão fundamento constitucional expresse¹²². Em

¹¹⁴ U.S. Constitution: Art. I, Section 8, Clause 3: "The Congress shall have Power (...) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes". A questão da cláusula de comércio (*commerce clause*), por sua relevância e por seu impacto sobre o Direito vigente, merece uma referência específica. Com base na competência para regular o comércio interestadual, durante o Governo de Franklin Roosevelt, foi editada a legislação protecionista que deflagraria o confronto entre o Presidente e a Suprema Corte. A partir daí, pelos mais de cinquenta anos subsequentes à era do *New Deal*, o Congresso expandiu seus poderes. Esta situação de confortável estabilidade foi confrontada pela Corte Rehnquist, em um conjunto de decisões tomadas por maioria apertada de 5 a 4. A primeira delas foi *United States v. Lopez* (514 U.S. 549 de 1995), quando a Suprema Corte considerou inconstitucional o *Gun-Free School Zones Act*, que tipificava como crime federal a posse de arma de fogo próximo a escolas. A maioria dos juizes entendeu não haver ligação suficiente entre posse de arma e comércio interestadual que pudesse legitimar a lei federal.

¹¹⁵ A doutrina da imunidade soberana dos estados restringe a possibilidade de o Congresso passar leis sujeitando os estados a ações judiciais. Em *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), e em *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), a Suprema Corte considerou que leis federais que abrogavam a imunidade jurisdicional dos estados violavam a Emenda 11. Como consequência, os estados não podem ser processados sem o seu consentimento, seja em cortes federais (*Seminole*) seja em cortes estaduais (*Alden*).

¹¹⁶ Em *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989), a Corte entendeu que a Emenda 14 não autoriza a responsabilização do estado por ato de violência privada contra um indivíduo (no caso, uma criança), mesmo que pudesse tê-lo evitado. Em *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), sustentou que a Emenda 14 não fornecia base para a edição do *Violence Against Women Act*, de 1994, uma vez que a lei não cuidava de danos causados pelo estado (*redress harm caused by the state*), mas sim por partes privadas.

¹¹⁷ Kermit Hall (ed), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005, p. 835.

¹¹⁸ Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 436.

¹¹⁹ 517 U.S. 806 (1996). Nesta decisão a Corte assentou que a autoridade policial pode realizar busca e apreensão em carro que foi parado por infração de trânsito.

¹²⁰ 532 U.S. 318 (2001). A Corte decidiu que a Emenda 4 não proíbe a prisão sem mandado em caso de infrações penais menores, como o não uso de cinto de segurança.

¹²¹ 530 U.S. 428 (2000). Uma lei federal (18 USC Section 3501) estabeleceu que "uma confissão deve ser admitida como prova se tiver sido voluntária". Esta previsão, em última análise, derrubava a exigência das advertências prévias impostas pela decisão em *Miranda*. A Corte, por 7-2, com o voto de Rehnquist – Scalia e Thomas dissentiram –, entendeu que "Miranda proclamou uma regra constitucional que não pode ser superada por ato legislativo do Congresso. A Corte, por sua vez, não deseja reformar *Miranda*".

¹²² Rehnquist tinha uma visão dura em matéria penal, que se manifestava, inclusive e notadamente, em suas posições em relação à pena de morte, cuja aplicação mais freqüente era por ele defendida. Em *McCleskey v. Kemp* (1987), com seu apoio, a Corte considerou irrelevante o fato de as estatísticas demonstrarem discriminação racial

precedentes mais recentes, relacionados com a *guerra contra o terror* – *Hamdi v. Rumsfeld*¹²³ e *Rasul v. Bush*¹²⁴ –, a Corte decidiu que as pessoas detidas, americanas ou não, podiam questionar nas cortes americanas a sua prisão. Em *Padilla v. Rumsfeld* (2004)¹²⁵, no entanto, invalidou, por razões processuais, decisão da Corte de Apelações que negara ao Presidente poderes para prender um cidadão americano sob a alegação de ser um inimigo combatente.

Apesar do empenho de seu Presidente e de outros juízes, a Corte Rehnquist não conseguiu reformar *Roe v. Wade* e abolir o direito ao aborto¹²⁶. Por duas vezes, no entanto, chegou muito perto de fazê-lo, consumando uma mudança ansiada por setores conservadores, grupos religiosos e pelos próprios Presidentes Reagan e Bush. Em ambos os casos, a Suprema Corte produziu decisões divididas, por vezes confusas, com inúmeras divergências e contradições. O primeiro deles foi *Webster v. Reproductive Health Service* (1989)¹²⁷, que teve por objeto a constitucionalidade de lei do Missouri que impunha inúmeras restrições à realização de aborto, inclusive a proibição de que o procedimento fosse feito em hospitais públicos ou de que envolvesse fetos com mais de vinte semanas e considerados viáveis¹²⁸. Apesar de haver declarado válidas as imposições contidas na legislação estadual, e de haver afastado algumas das premissas estabelecidas na matéria, a Corte enfatizou que a essência da decisão em *Roe* estava mantida¹²⁹. A segunda tentativa

contra os negros na prolação de sentenças capitais. Além disso, alinhou-se à maioria da Corte afirmando a constitucionalidade da execução de adolescentes de dezesseis e de dezessete anos (*Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 [1989]), tendo votado vencido quando a maioria entendeu que menores de quinze anos (*Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 [1988]) e pessoas “mentalmente retardadas” (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 [2002]). não podiam ser executadas. Em *United States v. Verdugo-Urquidez* (494 U.S. 259 de 1990)¹²², a Suprema Corte considerou que a Emenda 4 não se aplicava a buscas e apreensões feitas por agentes americanos em propriedade de não-americanos no exterior. V. Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 434: “From 2003 to 2005, the chief justice was in the majority in all eleven criminal justice 5-to-4 decisions expanding exceptions to the exclusionary rule and dissented in all nine of the 5-to-4 cases that reversed or remanded cases in which police or prosecutorial misconduct was alleged”

¹²³ 542 U.S. 507 (2004).

¹²⁴ 542 U.S. 466 (2004).

¹²⁵ 542 U.S. 426 (2004).

¹²⁶ Relembre-se que Rehnquist havia participado do julgamento de *Roe v. Wade*, em 1973, tendo sido um dos dois votos vencidos, ao lado de Byron White.

¹²⁷ 492 U.S. 490 (1989).

¹²⁸ A lei estadual declarava, no seu preâmbulo, “que a vida de cada ser humano começa com a concepção” ([t]he life of each human being begins at conception) e impunha as seguintes restrições: servidores públicos e estabelecimentos públicos não poderiam ser utilizados para realizar aborto, exceto se necessário para salvar a vida da mãe; recursos, servidores ou estabelecimentos públicos (public funds, employees, or facilities) não poderiam ser utilizados para incentivar ou aconselhar (encourage or counsel) uma mulher a fazer aborto, exceto se necessário para salvar sua vida; e médicos deveriam fazer testes de viabilidade a partir da vigésima semana de gestação e não poderiam realizar aborto de fetos viáveis.

¹²⁹ Ao admitir como válida a restrição ao aborto a partir da vigésima semana, a Corte afastou-se de um dos pilares de *Roe*: o de que durante o primeiro trimestre de gestação a decisão de fazer ou não um aborto era direito da mulher. No entanto, no voto do próprio Chief Justice fez-se a ressalva de que a decisão não afetava aquele precedente: “2. This case affords no occasion to disturb *Roe*'s holding that a Texas statute which criminalized *all* nontherapeutic abortions unconstitutionally infringed the right to an abortion derived from the Due Process Clause.

veio com *Planned Parenthood v. Case* (1992)¹³⁰. Uma lei da Pennsylvania impunha uma série de exigências para a realização do aborto, dentre as quais o consentimento informado, a notificação ao cônjuge, o consentimento dos pais e o período de espera de 24 horas. Novamente por 5-4 a Corte reafirmou *Roe*, embora tenha mantido quase todas as imposições da lei, salvo a notificação ao cônjuge¹³¹. Em uma última decisão – *Stenberg v. Carhart* (2000) – a Corte apreciou a proibição de um procedimento específico, conhecido como “aborto com nascimento parcial” (partial-birth abortion), tendo invalidado uma lei de Nebraska¹³².

Já se fez o registro de que a Corte Rehnquist enfrentou grande dificuldade em produzir consenso ou mesmo maiorias constantes em diversas áreas de sua jurisprudência. Este também foi o caso nas questões envolvendo o mandamento constitucional da igualdade e as ações afirmativas. Como tendência geral, no entanto, é possível afirmar que a Corte tornou mais rígidos os critérios que permitiam o tratamento favorável a determinados grupos, em razão de discriminações pretéritas. Assim, por exemplo, processos judiciais baseados em discriminação no emprego tornaram-se mais difíceis de serem ganhos, com a inversão do ônus da prova do impacto desproporcional¹³³. O tratamento preferencial a empresas de propriedade de minorias raciais, em programas e contratos governamentais, passou a estar sujeito a um teste de constitucionalidade de difícil superação¹³⁴. Em relação ao uso da raça como critério para admissão na universidade, a Suprema Corte, no mesmo dia, proferiu duas decisões com sinalizações opostas. Em *Gratz v. Bollinger* (2003)¹³⁵, considerou inconstitucional o critério que atribuía um bônus de vinte pontos (um quinto dos pontos necessários para aprovação) aos candidatos negros, latinos e de origem indígena. Todavia, em *Grutter v. Bollinger* (2003)¹³⁶,

Roe is distinguishable on its facts, since Missouri has determined that viability is the point at which its interest in potential human life must be safeguarded. P. 521”.

¹³⁰ 505 U.S. 833 (1992).

¹³¹ O julgamento foi extremamente dividido, sem que nenhum voto (opinion) tivesse a adesão da maioria. Prevaleceu, no entanto, uma decisão coletiva, elaborada pelos Ministros Souter, O'Connor e Kennedy (a plurality decision written by Justices Souter, O'Connor, and Kennedy), porque diferentes partes do seu texto tiveram a adesão de pelo menos dois outros Ministros. A decisão majoritária reviu a regra de *Roe* de prevalência do interesse da mulher durante o primeiro trimestre e substituiu o critério do exame mais rigoroso (heightened scrutiny), que era o padrão em matéria de direitos fundamentais, por um menos rigoroso, identificado como “ônus indevido” (undue burden).

¹³² *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

¹³³ *Ward's Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

¹³⁴ Em *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), a Corte considerou inconstitucional a previsão de que 30 por cento dos contratos públicos deveriam ir para empresas de propriedade de minorias (the city's determination that 30 percent of its contracting work should go to minority owned businesses) e estabeleceu que o tratamento diferenciado baseado em critério racial estava sujeito a teste rigoroso de inconstitucionalidade (must pass a strict scrutiny review). Essa linha de orientação foi reiterada em *Adarand Constructors v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

¹³⁵ 539 U.S. 244 (2003).

¹³⁶ 539 U.S. 306 (2003).

na linha do precedente firmado em *Bakke*, afirmou que a raça e a busca de diversidade são fatores legítimos – desde que não sejam únicos – de serem considerados no processo de admissão na universidade.

Duas últimas questões merecem referência. A primeira delas é a do tratamento constitucional da *religião*, tema em relação ao qual Rehnquist foi capaz de liderar a Corte de acordo com sua visão. Ainda antes de se tornar Presidente, ele havia conduzido a Corte, por maioria apertada, a afirmar que subsídios públicos para escolas religiosas não violavam a *Establishment clause* da Emenda 1¹³⁷. Já como Chief Justice, Rehnquist foi o autor do acórdão em *Zelman v. Simmons-Harris* (2002)¹³⁸, validando *vouchers* escolares que, na prática, significavam a matrícula de crianças de famílias de baixa renda em escolas religiosas. Em *Van Orden v. Perry* (2005)¹³⁹, considerou constitucional um monumento aos Dez Mandamentos na entrada da sede do Governo do Texas. No que diz respeito aos *direitos dos homossexuais*, a posição de Rehnquist foi vitoriosa em *Boy Scouts of América v. Dale* (2000)¹⁴⁰, admitindo a exclusão de membro de uma associação diante de sua homossexualidade assumida. No entanto, o Chief Justice não fez prevalecer sua opinião em *Romer v. Evans* (1996)¹⁴¹, quando a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição estadual que vedava qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial de proteção a homossexuais. Rehnquist foi igualmente voto vencido em *Lawrence v. Texas* (2003)¹⁴², decisão que superou o precedente *Bowers v. Hardwick* (1986)¹⁴³ e reconheceu, expressamente, que o direito constitucional de privacidade protegia as relações homossexuais voluntárias entre adultos.

Com a morte do Chief Justice, em 2005, a Corte Rehnquist encerrou o seu ciclo como uma das mais influentes na história americana. A Corte foi contemporânea e, em alguns momentos, protagonista do avanço do pensamento conservador. Especialmente depois que Antonin Scalia e Clarence Thomas foram nomeados, muitas

¹³⁷ *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983), admitindo a dedução no imposto de renda de valores pagos a escolas religiosas. Sob a presidência de Rehnquist, a Corte estendeu a proteção constitucional a outras situações, como anotou Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p.423: “The majority extended protection to religious films and public money spent for religious purposes, so long as the public authority had opened the space to all or allowed religious groups to use the funding, in *Lamb’s Chapel v. Center Moriches Union Free Schools District* (1993), *Capitol Square Review Board v. Pinette* (1995), *Rosenberger v. Tolerable and Visitors* (1995), *Bowers v. Kendrick* (1988), and *Zobrest v. Catalina Foothills School District* (1993)”.

¹³⁸ 536 U.S. 639 (2002).

¹³⁹ 545 U.S. 677 (2005).

¹⁴⁰ 530 U.S. 640 (2000).

¹⁴¹ 517 U.S. 620 (1996).

¹⁴² 539 U.S. 558 (2003).

¹⁴³ 478 U.S. 186 (1986). Neste caso, a Suprema Corte declinou de estender o direito de privacidade às relações homossexuais, afirmando a constitucionalidade (upholding) de uma lei da Geórgia que criminalizava tais relações.

conquistas liberais foram abaladas. Ações afirmativas passaram a ser mais difíceis de implementar. As garantias dos acusados em processos criminais passaram a ser interpretadas de maneira mais estrita. A separação entre Igreja e Estado se tornou mais tênue. O ativismo conservador da Corte levou-a a invalidar inúmeras leis que favoreciam os direitos civis, em nome de um novo federalismo¹⁴⁴. Por fim, é impossível não registrar o maior peso que concepções e interesses partidários passaram ter na formação das convicções da Corte. Em *Clinton v. Jones* (1997)¹⁴⁵, a Corte afirmou que o Presidente dos EUA – no momento um democrata – podia ser demandado judicialmente por fatos não relacionados ao exercício do cargo e mesmo por fatos anteriores à posse. Mas, em *Cheney v. USDC for District of Columbia* (2004)¹⁴⁶, reconheceu privilégio executivo ao Vice-Presidente republicano, Dick Cheney. Mais dramática foi a interferência da Suprema Corte no resultado das eleições presidenciais, em *Bush v. Gore* (2000)¹⁴⁷, um exercício pleno de poder político e de mau direito.

3. A Corte Roberts¹⁴⁸

Em julho de 2005, John Glover Roberts Jr. foi indicado pelo Presidente George W. Bush para a vaga que se abriria com a anunciada aposentadoria de Sandra Day O'Connor. Antes de sua confirmação pelo Senado, no entanto, o Presidente da Corte, William Rehnquist, viria a falecer, em setembro de 2005. Diante disso, o Presidente revogou a designação de Roberts para a vaga de O'Connor e o indicou para a posição de *Chief Justice*. Com a aprovação de seu nome pelo Senado, em 29 de setembro de 2005, tornou-se o sucessor de Rehnquist, a quem havia servido como assessor (*Law clerk*) nos anos de 1980 e 1981. Ao longo de sua carreira, o novo Presidente entremeou cargos na

¹⁴⁴ Em debate (roundtable) sobre "The Rehnquist Court", publicado em *Stanford Lawyer*, Spring 2005, p. 30-36, lembrou o Professor Larry Kramer, p. 33: "From 1994 to 2004 the Rehnquist Court struck down 30 federal statutes. That's more than the Warren Court did during its most activist decade, and more than the Lochner Court did as well. If the Rehnquist Court struck down 11 statutes on federalism grounds, that's compared with none for the six decades prior to that. Striking down that many laws in so short a period has a tremendous effect throughout the political system – in terms of how Congress reacts, how the states react, how politicians campaign, and so forth. That's where the real effect is".

¹⁴⁵ 520 U.S. 681 (1997).

¹⁴⁶ 542 U.S. 367 (2004).

¹⁴⁷ 531 U.S. 98 (2000). Em síntese sumária: a Corte decidiu, em tempo recorde, por 5 votos a 4, pela invalidade da recontagem de votos em municípios da Flórida, conforme havia sido determinado pela Suprema Corte da Flórida. Bush havia vencido a eleição no Estado por uma quantidade mínima de votos e a legislação previa a recontagem nesse caso. A decisão da Suprema Corte significou, na prática, a vitória de Bush. Em seu duro voto dissidente, o juiz Stevens escreveu: "The actual loser of this presidential election was 'The Nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law'".

¹⁴⁸ Lyle Denniston, Rehnquist to Roberts: the "Reagan Revolution" fulfilled? *University of Pennsylvania Law Review* 155: 63, 2006; Ronald Dworkin, "Judge Roberts on Trial", *The New York Review of Books*, vol. 52, n. 16, 20 de outubro de 2005; Ronald Dworkin, "The Supreme Court phalanx", *The New York Review of Books*, vol. 54, n. 14, 27 de setembro de 2007; Mark Tushnet, The first (and last) term of the Rehnquist Court, *Tulsa Law Review* 42: 495, 2007; James E. Ryan, The Supreme Court and voluntary integration, *Harvard Law Review* 121:131, 2007; Frederick Schauer, The Supreme Court: 2005 term foreword: the court's agenda — and the nation's, *Harvard Law Review* 120:4.

Administração Pública sob governos republicanos, especialmente sob a Presidência de Ronald Reagan. Além disso, atuou como advogado privado e, a partir de 2001, como juiz na Corte de Apelações do Distrito de Columbia. Robert sempre esteve ligado ao pensamento conservador, na política¹⁴⁹ como no Direito¹⁵⁰.

Para a vaga de Sandra Day O'Connor veio a ser nomeado Samuel Alito, jurista que também ocupara cargos em administrações republicanas e que desde 1990 atuava como juiz na Corte de Apelações do Terceiro Circuito (*U.S. Court of Appeals for the Third Circuit*), posição para a qual fora nomeado pelo Presidente George Bush. Com a saída de O'Connor e o ingresso de Alito, fortaleceu-se o grupo conservador¹⁵¹ e perdeu ainda mais espaço o bloco liberal¹⁵². O Ministro Anthony Kennedy, visto como um conservador moderado, passou a ser o voto decisivo em inúmeros casos controvertidos. Roberts assumiu com o propósito de aumentar o consenso e produzir mais decisões unânimes, o que de fato ocorreu em um primeiro momento. Progressivamente, porém, foi se acentuando a divisão da Corte, com uma sucessão de decisões tomadas por 5-4. No termo encerrado em junho de 2007, tais decisões correspondiam a um terço dos casos julgados. Em todos os 24 casos julgados por 5-4, o Ministro Kennedy votou com a maioria, passando a desempenhar um papel central nos rumos da jurisprudência constitucional da Corte Roberts. Sua posição contrária ao aborto e à ação afirmativa, por exemplo, contribuíram para que a Corte se movesse à direita.

¹⁴⁹ Politicamente, o novo *Chief Justice* compunha o grupo dos chamados "filhos da *Reagan Revolution*". V. Lyle Denniston, Requist to Roberts: the "Reagan Revolution" fulfilled? *University of Pennsylvania Law Review* 155: 63, 2006. p. 65. Sobre a guinada conservadora propiciada pela "Reagan Revolution", v. Mark Silverstein, Benjamin Ginsberg, The Supreme Court and the New Politics of Judicial Power, *Political Science Quarterly* 102 (3): 371, 1987.

¹⁵⁰ Ronald Dworkin, "Judge Roberts on Trial", *The New York Book of Review*, vol. 52, number 16, 20 de outubro de 2005. O texto tem uma versão em português, feita por Thiago Bottino: Juiz Roberts em julgamento, *Revista de Direito do Estado* 2:3, 2006, onde se lê na p. 3-4: Durante sua carreira pública, Roberts manifestou-se contrariamente à melhoria das proteções do direito de voto das minorias; sustentou a constitucionalidade de uma iniciativa do Congresso de privar as cortes federais dos poderes de supervisão da integração racial; denegriu os esforços de um grupo de mulheres legisladoras para reduzir a desigualdade de gênero nas relações de trabalho; referiu-se ao direito de privacidade utilizando a expressão "o assim chamado"; firmou um abaixo-assinado para que a Suprema Corte modificasse o entendimento consagrado no julgamento *Roe v. Wade*; e classificou como "indefensável" a decisão da Suprema Corte proibindo a criação de um minuto de silêncio nas escolas – cujo fundamento era que esse intervalo poderia ser utilizado para rezas (confira-se o recente artigo de William L. Taylor sobre a carreira de Roberts).

¹⁵¹ Com a nomeação de Alito, consumou-se a previsão dos analistas acerca da superação da chamada "*split-the-difference jurisprudence*", que se caracteriza justamente por decisões que, ao invés de aderirem peremptoriamente a uma das vertentes extremas do debate constitucional, buscam se adequar ao "constitucionalismo mediano" V. J. Harvie Wilkinson III, The Rehnquist Court at Twilight: The Lures and Perils of split-the-difference jurisprudence, *Stanford Law Review* 58:1969, 2006. A principal representante desse constitucionalismo mediano era justamente a juíza Sandra O'Connor, substituída por Alito.

¹⁵² Os juízes considerados mais conservadores são Clarence Thomas, Antonin Scalia, John Roberts e Samuel Alito. Anthony Kennedy alia-se à ala conservadora na maior parte de seus votos. O bloco liberal é formado pelos Ministros (Associate Justices) John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen G. Breyer.

Como intuitivo, ainda não é possível analisar a Corte Roberts em perspectiva histórica mais ampla, nem tampouco mensurar o impacto das mudanças políticas ocorridas no Congresso, em 2006¹⁵³, e nas Presidência, em 2008. Mas já é possível destacar algumas decisões que confirmam ser ela a Corte que os conservadores ansiavam e os liberais temiam¹⁵⁴. De fato, somente no ano judiciário encerrado em junho de 2007, a Corte considerou constitucional uma lei restritiva do aborto, manteve a condenação do réu em quase todos os casos que apreciou, aumentou a dificuldade para investidores processarem empresas e seus executivos por fraude com valores mobiliários, invalidou programas de integração racial nas escolas, restringiu a liberdade de expressão de alunos de escolas públicas, dificultou o acesso à Corte, impondo restrições processuais mais rigorosas, e assim por diante.

Nas questões envolvendo *direito penal* e *processo penal*, a Corte Roberts tem adotado a mesma orientação conservadora da Corte Rehnquist. No tocante à pena de morte, a Corte considerou, em *Kansas v. Marsh* (2006)¹⁵⁵, ser constitucional a lei do Kansas que permitia a execução do acusado quando as circunstâncias agravantes e atenuantes se apresentassem com igual peso¹⁵⁶. Em *Uttecht v. Brown* (2007)¹⁵⁷, a Suprema Corte tornou mais fácil para a acusação a dispensa de jurados que, a seu ver, seriam desfavoráveis à pena de morte. Ambos os julgados foram por 5 a 4. No tocante a provas obtidas com a violação da Emenda 4, ao julgar *Hudson v. Michigan* (2006)¹⁵⁸, a Corte considerou que o descumprimento da regra "*knock and announce*" – que impõe à autoridade policial o dever de bater na porta, anunciar sua presença e aguardar um período razoável antes de entrar no domicílio do acusado – não deveria levar à exclusão da prova assim obtida. Em *Carey v. Musladin* (2006)¹⁵⁹, a Corte considerou não violar o direito do acusado a um julgamento justo o fato de os parentes da alegada vítima sentarem-se na sessão de julgamento usando botões que exibiam a imagem da vítima.

¹⁵³ V. Mark Tushnet, The first (and last) term of the Rehnquist Court, *Tulsa Law Review* 42: 495, 2007, p. 500.

¹⁵⁴ Linda Greenhouse, "In steps big and small, Suprem Court moved right", *New York Times*, July 1st, 2007.

¹⁵⁵ 548 U.S. 163 (2006). Em seu voto vencido, o Ministro Souter, com a adesão dos Ministros Stevens, Ginsburg e Breyer, referiu-se à lei de Kansas como um absurdo moral. Sobre o tema, v. George H. Kendall, The high Court remains as divided as ever over the death penalty, *Michigan Law Review First Impressions* 105:79, 2006: "If the outcome in *Marsh* is any indication of how the Court will deal with capital punishment in the future, it appears that the Roberts Court will divide as often and as sharply as did the Burger and Rehnquist Courts".

¹⁵⁶ Em outro caso envolvendo pena de morte – *Panetti v. Quarterman*, 551 U.S. ____ (2007) –, a Corte reiterou a jurisprudência anterior no sentido de que uma pessoa mentalmente incapaz de compreender a razão de sua execução não pode sofrer tal pena. V. *Ford v. Wainwright* (1986), 477 U.S. 399 (1986) e *Stewart v. Martinez-Villareal*, 523 U.S. 637 (1998).

¹⁵⁷ 551 U.S. ____ (2007).

¹⁵⁸ 547 U.S. 586 (2006).

¹⁵⁹ 549 U.S. 70 (2006).

Em matéria de *liberdade de expressão*, a jurisprudência da Suprema Corte tem admitido restrições importantes. Em *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights* (2006)¹⁶⁰, a Corte, em decisão unânime, não reconheceu a possibilidade de faculdades de direito negarem acesso de recrutadores militares aos seus *campi*, medida que as instituições de ensino haviam tomado em razão de as Forças Armadas adotarem políticas de discriminação em relação aos homossexuais¹⁶¹. Já em *Garcetti v. Ceballos* (2006)¹⁶², uma Corte dividida em 5-4 decidiu que servidores públicos – no caso específico, um procurador distrital –, no exercício de suas funções, não estão protegidos pela Emenda 1 e podem ter suas manifestações submetidas ao poder disciplinar do empregador¹⁶³. Em *Morse v. Frederick* (2007), novamente em uma decisão tomada por 5-4, a Corte entendeu que não violava a Emenda 1 a decisão de diretor de escola de punir estudante que exibiu faixa supostamente defendendo o uso de maconha¹⁶⁴.

No tocante ao direito ao aborto, a Corte Roberts seguiu a tendência restritiva de sua antecessora, sem, contudo, superar *Roe v. Wade*. Em *Gonzalez v. Carhart* (2007)¹⁶⁵, a Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da Lei de Proibição do Aborto Parcial (Partial-Birth Abortion Ban Act), de 2003, que vedava uma específica hipótese de aborto. Por uma maioria de 5-4, entendeu que a lei não impunha uma restrição indevida ao direito da mulher de interromper a gestação¹⁶⁶.

¹⁶⁰ 547 U.S. 47 (2006).

¹⁶¹ A regra conhecida como “*Don’t ask, don’t tell*” (10 U.S.C. § 654) vedava às Forças Armadas a admissão ou manutenção, nos seus quadros, de homossexuais. Em razão disso, várias faculdades de Direito negaram o acesso de pessoas que faziam o recrutamento para as Forças Armadas. O Congresso respondeu com a *Emenda Solomon*, segundo a qual as Universidades que recebessem fundos federais deveriam aceitar o acesso dos militares. Levada a questão ao Judiciário, a Suprema Corte entendeu que a Emenda Solomon não viola a liberdade de expressão e de associação das faculdades e manteve a possibilidade de o Governo negar fundos federais às faculdades que não permitissem o acesso a militares, para fins de recrutamento, que facultam a outros potenciais empregadores. Roberts proferiu a decisão que predominou na Corte, acompanhado por todos os outros membros, exceto por Alito, que realizou próprias considerações.

¹⁶² 547 U.S. 410 (2006).

¹⁶³ Sobre o tema, v. Robert Roberts, *The Supreme Court and the deconstitutionalization of the freedom of speech rights of public employees*, *Review of Public Personnel Administration* 27 (2): 171, 2007; Charles W. “Rocky” Rhodes, *Public employee speech rights fall prey to an emerging doctrinal formalism*, *William & Mary Bill Of Rights Journal* 15: 1, 2007.

¹⁶⁴ O voto que obteve a adesão da maioria foi escrito pelo Chief Justice Roberts, que concluiu que a administração escolar não viola a Primeira Emenda ao reprimir manifestações pró-drogas. Para fundamentar essa decisão, foram mencionados precedentes como *Bethel School District v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986), e *Hazelwood v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988). V. Dickler, Melinda Cupps, “The Morse quartet: student speech and the First Amendment”, *Loyola Law Review* (Forthcoming). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1009601>.

¹⁶⁵ 550 U.S. ____ (2007).

¹⁶⁶ Nada obstante, a possibilidade que cria para que os estados limitem os direitos reconhecidos em *Roe* tem sido vista com bastante preocupação. V. *George J. Annas*, *The Supreme Court and Abortion Rights*, *New England Journal of Medicine: Health law, ethics, and human rights* 356 (21): 2201, 2007, p. 2206: “Some physicians will surely be tempted to view the decision as a narrow victory for antiabortion forces that is unlikely to have more than a marginal effect on medical practice. This view is understandable but misses the potential broader impact of the opinion on the regulation of medical practice and the doctor–patient relationship generally. Until this opinion, the Court recognized the importance of not interfering with medical judgments made by physicians to protect a patient’s interest. For the first time, the Court permits congressional judgment to replace medical judgment.”

Em matéria de *equal protection* e ação afirmativa, a Corte invalidou planos de integração racial voluntária em escolas de Seattle e de Louisville, Ky, que usavam a raça como um dos elementos de desempate quando uma Escola de Ensino Médio (High-School) recebia mais candidatos do que poderia aceitar, de modo a assegurar determinados percentuais de diversidade.¹⁶⁷ Por 5-4, a Corte considerou que a política não passava no “escrutínio estrito” a que devem se submeter as distinções baseadas na raça, por inexistir segregação no passado, o que descaracterizava a presença de interesse público preponderante. A Corte Roberts demonstra, nessa decisão, que a implantação de novas políticas de ação afirmativa tende a se tornar muito difícil, ou quase impossível, justificando-se apenas em hipóteses muito excepcionais¹⁶⁸.

Em temas de *direito eleitoral*, a Corte Roberts tem sido acusada de promover a desregulação das campanhas e de não proteger os grupos minoritários em causas envolvendo o dimensionamento de distritos eleitorais. Em *Randall v. Sorrell*, a Suprema Corte entendeu que a limitação de gastos de campanha é inconstitucional, pois viola a liberdade de expressão.¹⁶⁹ Em *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life* (2007)¹⁷⁰, considerou inconstitucional a aplicação da legislação federal que impede a utilização de recursos de empresas para propaganda política nos sessenta dias que antecedem a eleição se os anúncios cuidarem de questões em debate e não do apoio ou oposição a determinado candidato¹⁷¹. Em *League of United Latin American Citizens v. Perry*, a Corte enfrentou a alegação de que, na redistribuição dos distritos eleitorais no Texas, houve violações à Constituição e às leis por possuir fins político-partidários. O formato dos novos distritos teria sido arquitetado para beneficiar os republicanos. Com a exceção de um distrito¹⁷², a Corte se recusou a declarar a nulidade da redistribuição, sob o fundamento

¹⁶⁷ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* 551 U.S. ____ (2007).

¹⁶⁸ A decisão tem sido duramente criticada. V. *James E. Ryan*, The Supreme Court and voluntary integration, *Harvard Law Review* 121:131, 2007, p. 156: “The danger and significance of *Parents Involved* is that it will make that already remarkably difficult struggle even harder, if not impossible. The legitimate fear is that school districts will interpret this opinion as a signal that they should not bother with school integration. Some districts might conclude that there is now something vaguely illicit about the whole enterprise, that pursuing integration requires indirection and duplicity rather than the overt use of race. Other districts might reason that pursuing integration will only lead to litigation. Clearly, not many districts now seem interested in racial integration, but this decision increases the odds that fewer of them will be interested in the future”.

¹⁶⁹ A maioria se formou com os votos de Breyer, Roberts, Alito, Kennedy, Thomas e Scalia, mantendo o precedente fixado em *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), no qual a Suprema Corte havia decidido que o gasto de dinheiro para influenciar eleitores era protegido pela liberdade de expressão.

¹⁷⁰ 551 U.S. ____ (2007). A lei em questão era o Bipartisan Campaign Reform Act of 2002 (“McCain –Feingold”).

¹⁷¹ Para uma crítica severa desta decisão, v. Ronald Dworkin, “The Supreme Court phalanx”, *The New York Review of Books*, vol. 54, n. 14, 27 de setembro de 2007.

¹⁷² Especificamente, no caso de um dos distritos redesenhados, o de número 23, as novas linhas diluíam o voto (*vote dilution violative*), desrespeitando o *Voting Rights Act* de 1965 na seção 2, que diz respeito à proteção dos direitos das minorias contra as majorias. Isso porque 100,000 latinos foram transferidos do antigo para um novo distrito, estranhamente desenhado, razão pela qual a oposição ao plano qualificou a manobra como

principal de não ter sido suficientemente demonstrado o fim partidário obscuro que se alegava¹⁷³.

No ano judiciário (*term*) encerrado em junho de 2008, o número de decisões tomadas por 5 a 4 diminuiu¹⁷⁴. No caso de maior significação no período, a Corte endossou a tese de que a Segunda Emenda à Constituição protege o direito individual à posse de armas para uso pessoal, invalidando a proibição contida em uma lei do Distrito de Colúmbia¹⁷⁵. A ala conservadora prevaleceu, também, em decisões como a que admitiu a injeção letal como método de execução da pena de morte¹⁷⁶ e na exigência de identidade com foto a ser apresentada pelo eleitor no momento do voto¹⁷⁷. O grupo mais liberal de juízes, no entanto, conquistou vitórias importantes, como na decisão que assegurou aos detidos na Base de Guantánamo acesso às cortes federais¹⁷⁸, na que invalidou lei estadual que previa pena de morte no caso de estupro de menor, limitando tal tipo de punição aos crimes que resultem na morte da vítima¹⁷⁹, assim como em um conjunto de decisões nas quais se reconheceu direitos de trabalhadores em ações por discriminação no local de trabalho¹⁸⁰.

Como já se registrou, ainda é cedo para uma avaliação abrangente da Corte Roberts. Tampouco é possível prever o impacto político, a médio e longo prazo, da mudança de composição do Congresso e da eleição do novo Presidente. Nada obstante, é inegável o movimento da Corte para a direita, sua maior afinidade ideológica com os grandes interesses econômicos e políticos e sua falta de simpatia pela expansão dos direitos civis. Nos seus primeiros anos, a Corte tem recebido críticas duras, vindas da academia¹⁸¹ e

gerrymandering. Diante disso, a Suprema Corte entendeu que, de fato, a mudança poderia ensejar um problema qualificado de proteção da relação maioria-minoria, uma vez que o antigo distrito era separado em três comunidades (*Anglos, Blacks, Latinos*) e nunca havia sido modificado por 22 anos.

¹⁷³ Kennedy e Alito e Roberts entenderam que o redimensionamento dos distritos não violava a seção 2 do *Voting Rights Act*. Já Scalia e Thomas entenderam que a reclamação de que o *gerrymandering* era inconstitucional não apresentavam uma controvérsia justificável. Os *Justices* Scalia, Roberts, Thomas e Alito concluíram que a Corte distrital não cometeu erro ao rejeitar a apelação de que remover os latinos do distrito 23 constituía uma intencional diluição do voto (*intentional vote dilution*). Os *Justices* Scalia, Roberts, Thomas e Alito, por sua vez, entenderam que a criação do distrito 25 satisfaria ao Voting Rights Act de 1965.

¹⁷⁴ Dos 63 casos decididos pela Suprema Corte entre outubro de 2007 e junho de 2008, onze foram decididos por margem de um único voto, contra 24 no *term* anterior. V. Linda Greenhouse, "On Court that defied labelling, Kennedy made the boldest mark", *New York Times*, 29.06.2008.

¹⁷⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. ____ (2008).

¹⁷⁶ *Baze v. Rees*, 553 U.S. ____ (2008).

¹⁷⁷ *Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. ____ (2008).

¹⁷⁸ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008).

¹⁷⁹ *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. ____ (2008).

¹⁸⁰ *Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory*,

¹⁸¹ Ronald Dworkin, "The Supreme Court phalanx", *The New York Review of Books*, vol. 54, n. 14, 27 de setembro de 2007: "It would be a mistake to suppose that this right-wing phalanx is guided in its zeal by some very

dos meios de comunicação¹⁸², que imputam a ela um conservadorismo partidarizado, alinhado com os interesses do partido republicano e de grupos religiosos.

CONCLUSÃO

As décadas que se seguiram ao fim da 2ª. Guerra Mundial foram marcadas pela *americanização da vida* em múltiplos domínios. Um deles, certamente, foi o direito constitucional. De fato, em países distantes cultural e geograficamente, de um extremo ao outro do globo, disseminou-se o modelo que teve seu marco inicial em *Marbury v. Madison* e seu apogeu nos anos da presidência de Earl Warren na Suprema Corte: centralidade da Constituição, controle de constitucionalidade com supremacia judicial e judicialização das grandes controvérsias em torno da realização dos direitos fundamentais.

No curso do processo de incorporação desse modelo de constitucionalismo, os países da tradição romano-germânica passaram por transformações extensas e profundas. Dentre elas é possível destacar o fenômeno referido como *constitucionalização do Direito*, no qual se inserem a aplicação direta e imediata da Constituição às relações jurídicas em geral, o controle de constitucionalidade e a leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios e regras constitucionais. No mesmo contexto, juízes, tribunais e, especialmente, os tribunais constitucionais tornaram-se mais atuantes e ativistas, potencializando o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional.

Paradoxalmente, nos últimos anos, a prática constitucional americana tem percorrido trajetória inversa. Discursos à direita e à esquerda têm procurado restringir o papel da jurisdição constitucional e valorizar o papel do Poder Legislativo. Em curioso processo, vozes representativas têm pregado abertamente a adoção da supremacia do

conservative judicial or political ideology of principle. It seems guided by no judicial or political principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance. It urges judicial restraint and deference to legislatures when these bodies pass measures that political conservatives favor, like bans on particular medical techniques in abortion. But the right-wing coalition abandons restraint when it strikes down legislation that conservatives oppose, like regulations on political advertising and modest school district programs to further racial integration in public education. It claims to celebrate free speech when it declares that Congress cannot prevent rich corporations and unions from evading restrictions on political contributions. But it subordinates free speech to other policies when it holds that schools can punish students for displaying ambiguous but not disruptive slogans at school events. Lawyers have long been fond of saying, quoting Mr. Dooley, that the Supreme Court follows the election returns. These four justices seem to follow Fox News instead".

¹⁸² Editorial, *New York Times*, 30 de setembro de 2007: "The Roberts bloc has not adhered to any principled theory of judging. Its members are not reluctant to strike down laws passed by Congress, as critics of "judicial activism" are supposed to be, or reluctant to overturn the court's precedents. The best predictor of how they will vote is to ask: What outcome would a conservative Republican favor as a matter of policy?"

Legislativo e da lei, o que corresponde, em última análise, ao modelo europeu anterior à 2ª Guerra. Como decorrência, o discurso do momento é a favor da interpretação constitucional estrita e contrário ao ativismo judicial. Aliás, em diferentes momentos, a impressão de um observador externo é de que se desenvolveu uma modalidade de ativismo contrária aos direitos civis. De parte isto, a partidarização manifestada em algumas decisões e a volta da religião ao espaço público também parecem afastar o direito constitucional americano do modelo que encantou o mundo.

É certo, contudo, que países de democratização tardia ou de redemocratização recente precisam do modelo que foi celebrado e exportado, a despeito de suas idealizações. Nesses países, como regra, o processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão de distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas. Nesse cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de garantidores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis.