

A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana

Carlos Alexandre de Azevedo Campos*

Sumário

1. Introdução: A Importância do Debate Norte-Americano sobre o Ativismo Judicial. 2. A Origem Terminológica em Arthur Schlesinger Jr.: Ativismo Judicial v. Autorrestrrição Judicial. 3. A Pré-História do Ativismo Judicial. 3.1 Marbury v. Madison. 3.2. *Dread Scott v. Sandford*. 3.3. *Lochner v. New York*. 4. O Ativismo Judicial entre Conservadores e Liberais. 4.1. Ascensão e Queda da Corte *Lochner*: os Mesmos Fatores Políticos. 4.2. *A New Deal Court* e o Ativismo Liberal da Corte Warren. 4.3. A Contrarrevolução Republicana: Nixon, Reagan, Burger, Rehnquist, Scalia e o Ativismo Judicial Conservador. 5. O Momento Atual do Debate: de Volta a *Lochner Era*? 6. Conclusão. Referências Bibliográficas

1. Introdução: A Importância do Debate Norte-Americano sobre o Ativismo Judicial

A ascensão do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é uma realidade incontestável, sob o ponto de vista descritivo, do contemporâneo arranjo político-institucional brasileiro. Nos últimos anos do século XX e, mais destacadamente, neste século XXI, houve uma profunda alteração *quantitativa* e *qualitativa* do espaço que o Supremo ocupa no cenário sociopolítico brasileiro. A Corte vem, cada vez mais, expandindo seus poderes normativos em face dos demais atores, e isso em função das grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988. Na realidade, a Corte foi reinventada em diferentes aspectos: na abrangência dos temas julgados – temas de alta voltagem política e moralmente hipercontroversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim; no tipo de argumentos de decisão – abandono progressivo do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores; no alcance de suas decisões – julgamentos que repercutem sobre todo o sistema político e por toda a sociedade.¹

Com esse novo arranjo em movimento, mais do que em judicialização da política e das grandes questões sociais de nosso tempo,² pode-se falar hoje em sua

* Mestre e Doutorando em Direito Público – UERJ. Professor UCAM/FDC. Assessor de Ministro do STF.

¹ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 250, Rio de Janeiro, FGV, 2009, p. 5.

² Sobre o conceito de judicialização da política, cf. VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; _____. (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 2005, p. 13; SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford

tribunalização.³ Tem restado ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre *questões cruciais* e ele não tem recusado o encargo. Ao contrário, o Tribunal tem afirmado sua função de definir a vontade da Constituição nas mais diversas áreas e sobre os temas mais relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo: desde a titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos; desde a criação de municípios até a demarcação de terras indígenas; desde a Reforma da Previdência até a guerra fiscal entre os estados; desde a união estável homoafetiva até a licitude de aborto de fetos anencéfalos. Mas também tem decidido sobre a promoção de professores e a aplicação de multas por sociedades de economia mista. A interpretação do Supremo Tribunal Federal tem sido onipresente.

Em resolver muitos desses casos, o Supremo tem utilizado um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas expansivas de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas, ele expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais para conformá-los à Constituição; falta com deferência à capacidade jurídica e epistêmica dos outros poderes; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas. Isso tudo é *ativismo judicial*⁴ e, em diferentes oportunidades, essa prática não tem sido apenas legítima, mas tem se apresentado como uma verdadeira *necessidade sistêmica*.

Sem embargo, o ativismo judicial do Supremo tem consistido em elemento não apenas constante, mas também relevante para a dinâmica política do Brasil de hoje. A Corte tem se sido capaz de exercer tanto um papel contramajoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar políticas favorecidas pelas coalizões majoritárias, mas que, em razão do caráter muito controvertido dos temas e de seus altos custos políticos, esbarram em impasses (*deadlocks*) intransponíveis na arena legislativa. Dessa forma, a ascensão do ativismo judicial do Supremo tornou-se, sem dúvida, uma parte importante da vida política e social do Brasil contemporâneo.

Com isso, o ativismo judicial passou a ocupar, inevitavelmente, um espaço enorme em nossos debates doutrinários. Pode-se dizer, sem receio, que é um *tema da*

University Press, 2000, p. 194; VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³ KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154, nº 1.

⁴ Na perspectiva deste trabalho, defino o *ativismo judicial* como o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas Constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias*. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

moda. Não obstante, é de se assumir que estamos apenas engatinhando na temática do ativismo judicial. A discussão sobre o exercício expansivo de poder decisório por juízes e por cortes sobre os outros poderes possui um alcance espacial e temporal muito maior que o incipiente debate brasileiro possa sugerir. Daí que, para a compreensão desse momento particular de atuação ativista do Supremo, é valioso um diálogo com as outras realidades ativistas, mais antigas e experimentadas. Entre essas fontes, sem dúvida, a prática decisória da Suprema Corte norte-americana é a que mais tem a ensinar ao caso brasileiro, como a qualquer outra experiência no mundo. Com essa premissa em mente, o propósito deste trabalho é justamente apresentar o debate histórico em torno do ativismo judicial da Suprema Corte estadunidense e extrair as lições que esse debate pode oferecer para a melhor identificação e avaliação do hodierno ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Os Estados Unidos são o berço do *tema*⁵ e do *termo* “ativismo judicial”.⁶ Se fosse escrito um livro sobre a *história geral do ativismo judicial*, o debate norte-americano deveria consumir talvez mais da metade do espaço da obra. E, sem dúvida, seriam os momentos mais importantes, interessantes e ricos em elementos teóricos e empíricos. Os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno da atuação de juízes e cortes no sistema político em que estão inseridos e do qual fazem parte; em especial, sobre o papel que uma corte suprema pode cumprir nesse sistema. Na realidade, a discussão sobre os limites e possibilidades de atuação da Suprema Corte norte-americana antecede em muito à própria criação do termo “ativismo judicial” para confundir-se com a história do constitucionalismo estadunidense.⁷

Acontece que, desde sua primeira aparição, a expressão “ativismo judicial” tornou-se a principal estrela do debate sobre a atuação da Suprema Corte na interpretação da Constituição e em suas relações com os demais poderes. Pode-se falar mesmo em sua *onipresença*.⁸ Seu debate transcende as fronteiras das academias de Direito e de Ciências Políticas para ser tema recorrente também na mídia.⁹ Na esfera político-eleitoral, há uma incomparável politização do termo, que se transformou em elemento retórico e estratégico de políticos e governantes de diferentes inclinações

⁵ Sem embargo, a discussão sobre o (excesso de) poder das cortes em declarar a inconstitucionalidade das leis é historicamente a “obsessão central da teoria constitucional” norte-americana; cf. FRIEDMAN, Barry. *The Birth of an American Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty*. Part V. *Yale Law Journal*, vol. 112 (2), 2002, p. 155, *et seq.*

⁶ A doutrina aponta para o texto do historiador Arthur Schlesinger Jr, *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, como a fonte primária do termo. Sou muito grato ao Professor Ángel Oquendo pela obtenção da reprodução integral do texto original nos Estados Unidos.

⁷ TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45, diz que a discussão sobre o papel da Suprema Corte norte-americana na interpretação da Constituição e na interferência sobre as ações dos outros poderes “é tão velha quanto a própria nação”. KRAMER, Larry. *We The Court*. *Harvard Law Review*, vol. 115 (1), 2001, p. 61/64, diz que a discussão foi esparsa, ao invés de compreensiva, durante a Convenção Constitucional de 1787, mas que ela efetivamente ocorreu. O tema também ocupou importantes páginas dos *Federalist Papers* (1787-1788), sobretudo, o *Paper* nº 78, escrito por Alexander Hamilton.

⁸ YUNG, Corey Rayburn. *Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts*. *Northwestern University Law Review*, vol. 105 (1), 2011, p. 7.

⁹ Sobre a frequência do termo em artigos de *law reviews* e em jornais, cf. KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*. *California Law Review*, vol. 92 (5), 2004, p. 1442/1443.

ideológicas e para os propósitos mais diversos. O combate ao ativismo judicial é objeto de campanhas presidenciais e compõe o núcleo dos questionamentos dos senadores nas audiências de confirmação dos juízes indicados para a Suprema Corte.¹⁰

O debate norte-americano é também completo. O ativismo judicial na Suprema Corte foi desenvolvido em contextos ideológico, político, social e cultural tão ricos e conflituosos, de aspectos tão amplos e, ao mesmo tempo, tão polarizados que seus diferentes elementos e variáveis o tornam de uma utilidade didática única. Sem embargo, a compreensão do debate norte-americano é imprescindível para a investigação do tema em qualquer outra realidade política, e seus mais destacados elementos e variáveis serão de extraordinária relevância para a compreensão do ativismo judicial contemporâneo no Brasil.

Este texto buscará o conhecimento desses elementos com o propósito de identificar tanto as formas de manifestação como os fatores que alimentam e moldam o desenvolvimento do ativismo judicial. Importantes decisões da Suprema Corte norte-americana, mais do que de qualquer outra, revelam, com impressionante clareza, dois aspectos fundamentais para a compreensão do ativismo judicial: *primeiro*, que as decisões ativistas são multifacetadas, isto é, se revelam por *diferentes dimensões* – a interpretação criativa e expansiva da Constituição, a aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou apenas vagamente definidos, a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica dos outros poderes, a superação de precedentes, etc.; *segundo*, que o ativismo judicial não é o resultado puro e simples de uma atitude deliberada dos juízes, mas sim, que ele responde a uma *pluralidade de fatores* que influenciam e podem explicar o comportamento mais ou menos ativista desses juízes e de suas cortes – principalmente, que o *ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado*.

A investigação deve começar pelo começo: primeiro será examinada a abordagem do historiador Arthur Schlesinger Jr., que inaugurou a discussão em torno do termo “ativismo judicial”,¹¹ com o objetivo precípuo de compreender as raízes da expressão; depois, examinarei casos relevantíssimos de “ativismo judicial pré-histórico” da Suprema Corte, ou seja, decisões de grande importância histórica para o país e para o constitucionalismo mundial, que podem ser consideradas “decisões ativistas” tomadas antes da própria criação do termo; na sequência, explorarei a trajetória do ativismo judicial norte-americano sob a perspectiva do infundável embate político-ideológico entre conservadores e liberais, desde a chamada Era Lochner, culminando com a Corte Rehnquist. Ao fim, faço uma breve exposição da *Suprema Corte dos dias de hoje*, a *Roberts Court*, e o momento atual do ativismo judicial da Corte até seu inesperado recuo no julgamento do *Obamacare*.

¹⁰ Sobre o histórico de discussão nessas audiências em torno do ativismo judicial e das orientações ideológicas dos juízes, cf. TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. New York: Anchor Books, 2007; PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics*, vol. 26 (1), 2011, p. 128/143.

¹¹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947.

2. A Origem Terminológica em Arthur Schlesinger Jr.: Ativismo Judicial v. Autorrestrrição Judicial

A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr.¹² em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947. Nesse artigo, além de apresentar o termo, Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões. Schlesinger defendeu a importância em saber as questões que dividem os juízes da Suprema Corte norte-americana e isso porque “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”.¹³ Essa é uma lição fundamental para o contemporâneo momento de relevância política e social do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Schlesinger avaliou a Suprema Corte de 1947, formada quase inteiramente por juízes nomeados pelo então ex-presidente Roosevelt. O autor classificou os juízes da Corte em: (i) *juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres* – Justices Black e Douglas; (ii) *juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade* – Justices Murphy e Rutledge; (iii) *juízes campeões da autorrestrrição* – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) juízes que representariam o *equilíbrio de forças (balance of powers)* – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed.

Para o autor, a Corte decidia dividida, tanto intelectual quanto pessoalmente, em dois grupos bem definidos: os ativistas, liderados por Hugo Black; e os autorrestritivos, liderados por Felix Frankfurter;¹⁴ restando a dois juízes, Fred Vinson e Stanley Reed, alinharem-se a um ou a outro grupo conforme o caso. Com essa divisão, a Corte Vinson foi marcada por certo equilíbrio entre o ativismo judicial e a autorrestrrição judicial. Como será visto mais adiante (item 4.2., *infra*), esse equilíbrio teve fim com as mortes de Murphy e Rutledge.

Schlesinger apresentou o termo “ativismo judicial” exatamente como o oposto à “autorrestrrição judicial”. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo que se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Ao contrário, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” têm uma visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial:

¹² Existem anotações no sentido de que Schlesinger na verdade não teria criado o termo, mas o tomou de empréstimo de Thomas Reed Powell, seu colega de Harvard: GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. *Emory Law Journal*, vol. 58 (5), 2009, p. 1203, nº 19.

¹³ SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 73.

¹⁴ Realizando a mesma divisão: McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Toronto: University of Toronto Press, 1956, p. 170/185; HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998, p. 114; BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2009, p. 167.

a Suprema Corte não deve intervir no campo da política e sim agir com “deferência à vontade do legislador”.¹⁵

O autor analisou as divergências intelectuais e as disputas de poder entre as diferentes personalidades judiciais da Corte e concluiu que a oposição entre os juízes ativistas e os defensores da autorrestrição judicial resultava, no final, um “conflito fundamental sobre a própria função do judiciário em uma democracia”. Ainda que a animosidade pessoal fosse mais tensa entre os *Justices* Douglas e Frankfurter, o autor acertou em cheio ao eleger Hugo Black e Felix Frankfurter como principais *símbolos intelectuais*, respectivamente, do ativismo e da autorrestrição judicial. Sem dúvida, o pensamento extremado de ambos os juízes reflete melhor a oposição entre as filosofias judiciais que caracterizam esse “conflito fundamental”.¹⁶

Black sempre defendeu que a Constituição e a *Bill of Rights* norte-americanas criaram uma forma de governo limitado, cabendo ao Judiciário “a responsabilidade primária e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e Legislativo.” Para Black, a *Bill of Rights* excluiu do Congresso qualquer poder sobre os direitos e liberdades individuais, ao passo que confiou às cortes o “dever sagrado” de proteger esses direitos. As cortes deveriam se comportar como “fortalezas impenetráveis contra as afirmações de poder pelo Legislativo e pelo Executivo.”¹⁷

É verdade que Hugo Black, sob a óptica metodológica, foi um fervoroso defensor do “textualismo”, ou seja, da prática de “discernir o significado das provisões constitucionais por meio de uma interpretação estrita da linguagem específica do documento”.¹⁸ Com apoio nesse cânon interpretativo, ele chegou a rejeitar expressamente o papel de “convenção constitucional diária” (*day-to-day constitutional convention*) para a Suprema Corte.¹⁹ Sua defesa de um “puro textualismo”²⁰ impõe um aparente paradoxo à classificação dele por Schlesinger como “campeão do ativismo judicial”, haja vista a interpretação textualista, a princípio, não ser exatamente adequada ao alcance de propósitos ideológicos na concretização da Constituição. Contudo, segundo advertência de J. Harvie Wilkinson III, “na prática, o puro textualismo de Black foi, em última análise, uma decepção”. Ante a textura aberta de muitos dos

¹⁵ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 75/77.

¹⁶ Cf. MENDELSON, Wallace. *Justices Black and Frankfurter: Conflict in the Court*. Chicago: University of Chicago, 1961: o autor acusa Black de votar de acordo com sua ideologia e favorece Frankfurter como juiz comprometido com o sistema democrático norte-americano.

¹⁷ BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review*, vol. 35 (4), 1960, p. 879/880.

¹⁸ BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 1.

¹⁹ Seu voto em *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 520-521 [1965]): “Use of any such broad, unbounded judicial authority would make of this Court’s members a *day-to-day constitutional convention*.” Neste famoso caso, referido mais adiante (item 4.2), Black, já com mais de 80 anos, deu um forte exemplo de autorrestrição na interpretação da Constituição em seus últimos anos na Corte (aposentou-se em 1971, ano também de sua morte). Quando falou em “autoridade judicial ampla e sem limites”, ele fez referência à possibilidade da Suprema Corte julgar leis inconstitucionais com base na 9ª Emenda.

²⁰ Para SCALIA, Antonin e GRANER, Bryan A. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul: West, 2012, p. 16, “Textualismo, em sua forma mais pura, começa e termina com o que o texto diz e precisamente implica.” Segundo os autores, “no amplo sentido, todos são textualistas”, mas não puros.

enunciados normativos da Constituição norte-americana, máxime da *Bill of Rights*, como a *due process clause* e a *equal protection clause*, Black, mesmo defendendo uma postura de restrição metodológica, aproveitou *oportunidades normativas* para fazer prevalecer *valores próprios* sobre a Constituição. Black teria chegado ao ativismo judicial por meio do textualismo, fazendo dessa uma teoria de restrição judicial apenas na aparência.²¹

Frankfurter, ao contrário, talvez tenha sido, de fato, o mais comprometido defensor da autorrestrição judicial na história da Suprema Corte, um juiz verdadeiramente *antiativismo*. Ele pertenceu a uma tradição de juízes que afirmaram a autorrestrição judicial como uma filosofia adjudicatória, que tinha em James Bradley Thayer o mais importante referencial teórico,²² e nomes como Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis e Learned Hand²³ como principais representantes. Frankfurter defendia que o juiz deveria separar as convicções particulares de justiça substantiva de seu dever funcional na Corte e, por isso, ele atuava com igual deferência tanto ao legislador conservador quanto ao liberal. Ele foi um liberal fora da Corte, mas que adotou a autorrestrição judicial como um padrão para julgar em uma época de leis conservadoras e ao lado de juízes ativistas e liberais de forma que, ao sustentar a constitucionalidade dessas leis como decorrência de sua postura de autorrestrição, acabou sendo taxado de conservador. Porém, na realidade, Frankfurter era um juiz que adotava a autorrestrição judicial como um princípio de adjudicação que valia “para todas as estações”.²⁴

Ele era cético sobre supremacia judicial e acreditava que juízes “devem decidir ‘casos’ e ‘controvérsias’, e não criar um mundo novo.” Essa tarefa seria apenas do governo e do legislador.²⁵ A função judicial, segundo Frankfurter, estaria sujeita a condições próprias de uma sociedade democrática: interpretar leis além dos “significados das palavras utilizadas pelo legislador” corresponderia a “usurpar um poder que nossa democracia depositou em seus legisladores eleitos”. Por isso, “um

²¹ WILKINSON III, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*. New York: Oxford University, 2012, p. 35. Para o autor, criticando o textualismo de Black, “pode ser exatamente tão ativista pretender que as palavras da Constituição provejam todas as respostas quanto ignorar seu texto em ordem a alcançar resultados que suceda a aprovar”. Isso não significa, segundo penso, que todo juiz “textualista” deva ser ativista.

²² O principal marco teórico dessa linha judicial foi o festejado texto de THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, vol. 7 (3), 1893, p. 129/156, no qual o autor defendia que a *judicial review* só deveria ser exercida quando o juiz ou a Corte se deparassem com uma situação de inconstitucionalidade acima de qualquer dúvida razoável, ou seja, quando o legislador cometesse um “erro claro e manifesto”. A sua abordagem teórica será melhor explorada no Capítulo III.

²³ Sobre a influência comum de James Bradley Thayer a esses juízes, cf. MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review*, vol. 31 (1), 1978, p. 71/87; LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. *Duke Law Journal*, vol. 44 (3), 1994, p. 451.

²⁴ MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review*, vol. 31 (1), 1978, p. 80.

²⁵ MENDELSON, Wallace. The Orthodox, or Anti-Activist, View – Mr. Justice Frankfurter. In: FORTE, David F. (Ed.) *The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 26.

juiz não deve reescrever uma lei, nem alargar ou contraí-la”,²⁶ mas deve exercer suas funções com restrição e cautela, especialmente a *judicial review*. Nesse sentido, vale o registro de uma das passagens mais citadas de Frankfurter na Corte:

O impressionante poder desta Corte de invalidar tais leis, por ser limitado na prática apenas por nossa própria prudência em discernir os limites de nossa função constitucional, deve ser exercido com a máxima restrição. (...) o poder [dessa Corte] de invalidar a legislação não deve ser exercido como se, em teoria constitucional ou na arte de governo, ele se apresentasse como a única fortaleza contra as tolices ou excessos do momento.²⁷

Como se vê, não eram exatamente questões de política substantiva que separavam as ideias de Black e Frankfurter. Como disse Schlesinger, esses juízes “expressa[va]m elementos divergentes dentro de uma tradição liberal comum.”²⁸ Da mesma forma, não eram essas questões que substancialmente dividiam os demais juízes da Corte Vinson, todos igualmente nomeados por presidentes Democratas (Roosevelt e Harry Truman). O que realmente dividia os seus membros, muito bem representado pelas ideias opostas de Black e Frankfurter, era o diferente entendimento que tinham sobre o papel constitucional da Suprema Corte.

As divergências eram, enfim, uma disputa sobre o lugar da Suprema Corte no sistema de governo norte-americano, uma disputa travada por meio de posições radicais, mas intelectualmente honestas. No interior dos grupos divididos por Schlesinger, poderia até haver alguma discordância entre os juízes sobre casos específicos, mas nunca sobre a questão essencial da “natureza da função judicial”. Mas, entre esses grupos, o “grande debate” era mesmo sobre a extensão na qual a Suprema Corte estava permitida a intervir sobre o campo da política, como bem resumido pelo próprio Schlesinger:

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro, com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento

²⁶ FRANKFURTER, Felix. Some Reflections on the Reading of Statues. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) *Judges on Judging. Views from the Bench*. Washington: CQ Press, 2009, p. 286

²⁷ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 128 (1958).

²⁸ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 79.

para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano.²⁹

Essa oposição de ideias entre os grupos liderados por Black – os “campeões do ativismo judicial” – e por Frankfurter – os “campeões da autorrestrição judicial” – desenvolvida por Schlesinger, a despeito de algumas acusações de superficialidade e incoerência em sua abordagem,³⁰ não deixou dúvidas quanto ao que o ativismo judicial representa: uma “declaração de poder”, enquanto a autorrestrição consistiria em “resistir à supremacia judicial (...) em nome da deferência à vontade do legislador”.³¹

Renúncia ao poder de revisar as leis não faria parte da agenda dos juízes ativistas, principalmente se isso atentasse contra os direitos humanos e contra o que julgassem ser o “espírito da tradição democrática Americana”. Ao contrário, a autorrestrição requer essa renúncia, pois o próprio legislador deve corrigir seus erros. Juízes ativistas tomam decisões de caráter político e de criação positiva do direito, orientados por seu sentido de justiça social, sem fidelidade ao sentido literal do texto constitucional.³² No entanto, juízes “campeões da autorrestrição judicial” são humildes na interpretação da Constituição e deferentes às decisões dos demais poderes do governo ainda que contrárias às suas convicções políticas ou morais.

A formulação de Schlesinger apontou, portanto, para uma discussão muito mais político-institucional do que simplesmente jurídico-metodológica – decidir sobre o ativismo ou autorrestrição judicial é decidir a respeito do *espaço decisório* da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país. Ele tomou partido, como regra geral, da autorrestrição judicial: “os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos” “requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder

²⁹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 201.

³⁰ Cf. GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, vol. 58 (5), 2009, p. 1201/1209: o autor fala em “raízes superficiais” do termo, em terminologia confusa, acusa Schlesinger de não definir coerentemente o ativismo judicial, de falhar em explicar os critérios empregados para sua categorização e, por fim, de ser ambivalente em seu julgamento sobre o ativismo e a autorrestrição. Por outro lado, não se pode esquecer, como disse BARNETT, Randy. Constitutional Clichés, *Capital University Law Review*, vol. 36 (3), 2008, p. 493, que o historiador escreveu para uma audiência popular e não para especialistas. As acusações de Craig Green se mostram realmente excessivas e injustas.

³¹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 202/204.

³² A toda evidência, a abordagem de Schlesinger Jr. adota a perspectiva atitudinal para os juízes ativistas da Suprema Corte, haja vista trabalhar com a ideia que esses juízes atuam sem responder a qualquer constrição legal (texto constitucional ou precedentes) ou sociopolítica (pressão dos partidos políticos, opinião pública), mas que apenas decidem de acordo com suas filosofias política e moral. Sobre o modelo atitudinal de adjudicação, cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York: Cambridge University Press, 2002.

de decisão. Contudo, acrescentou que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos”,³³ ou seja, Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, entretanto não o aceitava como uma rotina institucional da democracia norte-americana.

3. A Pré-História do Ativismo Judicial³⁴

Como o próprio Schlesinger reconheceu, o ativismo judicial diz com disputas mais antigas sobre os limites de atuação da Suprema Corte norte-americana do que pode supor sua origem terminológica.³⁵ Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da *judicial review* e algumas são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a própria sociedade norte-americana. Aqui me refiro às decisões *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*, exemplos clássicos e complexos do ativismo judicial pré-histórico da Suprema Corte.³⁶

A primeira representou a afirmação histórica do poder da Suprema Corte de exercer a *judicial review* e repercutiu para sempre em seu papel no arranjo político-institucional estadunidense. A segunda procurou resolver a controvérsia da escravidão nos Estados Unidos, mas apenas exacerbou a divisão entre o Norte antiescravagista e o Sul escravagista, acelerando a eclosão da Guerra Civil que transformaria definitivamente o país. A terceira é o marco de uma era em que a Corte, em nome de uma filosofia de liberalismo econômico, impediu que políticas governamentais buscassem melhores condições de vida para os cidadãos menos privilegiados. O propósito deste tópico é avaliar historicamente essas decisões e identificar tanto que elas possuem diferentes dimensões – de ativismo, mas também de autorrestrrição judicial – quanto que responderam a importantes variáveis políticas, ideológicas e estratégicas que se fizeram presentes.

Uma advertência deve ser antes feita – ainda que *Marbury* suscite questionamentos dos mais variados até hoje,³⁷ ela é uma decisão festejada pela história. Ao contrário, *Dred Scott* e *Lochner* são decisões execradas por toda a história. São símbolos de erro judicial e argumentos contra a própria *judicial review*. Em suma, são os *anticanon*.³⁸ Não obstante, *Dred Scott* e *Lochner* não são ativistas porque foram decisões erradas e de resultados ruins. *Korematsu*³⁹ entra em qualquer lista das piores

³³ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 208 e 212.

³⁴ Tomo a expressão de empréstimo de Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*. *Emory Law Journal* Vol. 58 (5), 2009, p. 1209.

³⁵ SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), janeiro de 1947, p. 208.

³⁶ Shapiro e Tresolini, *American Constitutional Law*, 4ª ed. New York: Macmillan Publishing, 1975, p. 60, dizem que *Marbury* e *Dred Scott* são “os dois maiores exemplos do ativismo da Suprema Corte em seus primórdios”. McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. *Op. cit.*, p. 170/171: em *Lochner*, “a *Old Court*... estava tentando sustentar, através do ativismo judicial aplicado à Constituição, um empreendimento essencialmente *laissez-faire* para a vida econômica e social Americana.”

³⁷ Cf. TUSHNET, Mark (Ed.). *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

³⁸ GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review*, vol. 125 (2), 2011, p. 385/404.

³⁹ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Nesse caso, a Suprema Corte, com o voto líder de Hugo

decisões da Suprema Corte, mas se em *Dred Scott* e *Lochner* a Corte foi muito agressiva em face do legislador, em *Korematsu* ela foi muito passiva em favor do Executivo e em detrimento de liberdades fundamentais.⁴⁰

Exemplos como o de *Korematsu* ensinam que ativismo judicial e erro judicial não são sinônimos e, por isso, a *minha* escolha por *Dred Scott* e *Lochner* como exemplos *pré-históricos* de ativismo judicial nada tem a ver com ligar o ativismo a decisões ruins, o que é algo apenas contingente. Minha preferência por *Dred Scott* e *Lochner* se deu simplesmente porque elas foram... ativistas! Também porque suas circunstâncias produziram lições das mais importantes até os dias de hoje.

3.1. Marbury v. Madison

A Suprema Corte norte-americana, até a nomeação de John Marshall como seu *Chief Justice* em 1801, ocupou um espaço de desimportância na vida política do país. Marshall fortaleceu significativamente a Corte, dando-lhe identidade institucional, aumentando-lhe credibilidade e importância no cenário político norte-americano.⁴¹ Com sua habilidade em minimizar conflitos institucionais, Marshall protegeu a Corte de ataques políticos, fazendo com que “os outros poderes de governo e o público em geral gradualmente aceita[ssem] a autoridade que ele reclamava para a Corte e o seu papel no processo decisório político”.⁴² Ele deixou para seus sucessores a lição de “verem a si mesmos como fatores vitais no processo governamental” e sentirem-se “autorizados a ajudar a América a decidir que tipo de nação ela deve ser.”⁴³ O legado de Marshall foi o da alta relevância política e social da Suprema Corte.

A mais importante declaração de autoridade da Corte Marshall foi sua decisão de 1803, *Marbury v. Madison*,⁴⁴ em que o voto de Marshall afirmou o poder da Corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar uma lei federal incompatível face à Constituição. Essa decisão é reconhecida como a primeira afirmação da Suprema Corte de seu poder de *judicial review*,⁴⁵ que é a essência de seu papel no sistema de

Black, declinou ao Governo Federal em favor de suas ordens de detenção (*Executive Order 9066*) em campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial e na sequência aos ataques a *Pearl Harbor*, de cidadãos nipo-americanos suspeitos de espionagem ou de contribuir para a invasão ou para ataques aos estados da Costa Oeste. Fred Korematsu foi um desses cidadãos, detido em 1942. Julgando o caso ao final de 1944, a maioria da Suprema Corte, ignorando que naquele momento o destino da Grande Guerra já estava definido a favor dos aliados, decidiu manter a detenção julgando-a válida “ao tempo em que foi praticada” e justificando a restrição aos direitos civis de Korematsu “porque [os Estados Unidos] est[avam] em guerra com o Império Japonês”.

⁴⁰ LEVIN, Mark. *Men in Black. How the Supreme Court is destroying America*. Washington: Regnery, 2005, p. 17, julga *Korematsu* ativista porque a Corte negou aplicação ao sentido claro da V Emenda da Constituição.

⁴¹ Cf. SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law. Op. cit.*, p. 15/17; O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008, p. 112.

⁴² BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. 10ª ed., Washington: CQ Press, 2010, p. 20/21.

⁴³ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, p. 68/69.

⁴⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁵ Afirmando que a Suprema Corte teria exercido o poder da *judicial review* antes da chegada de Marshall e da decisão de *Marbury*, cf. MENDELSON, Wallace. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (Ed.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Company, 1982, p. 58.

governo norte-americano. E como se verá, é também a prova mais antiga do caráter multidimensional das decisões ativistas e de como esse ativismo pode responder a diferentes fatores além do puramente legal.

O caso envolveu um *writ of mandamus* proposto por William Marbury diretamente na Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o propósito de obrigar o último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente federalista, John Adams, em seus últimos dias de mandato. Em tomar posse em 1801, o Presidente Republicano, Thomas Jefferson (que havia derrotado Adams nas eleições presidenciais de 1800), ordenou que Madison negasse a investidura de Marbury. Diante de tal negativa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridades públicas, como secretários de estado do governo federal.

A Suprema Corte, liderada por Marshall, reconheceu tanto o direito de Marbury ao cargo como se tratar a hipótese de sua jurisdição originária na forma estabelecida pela Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Contudo, a Corte negou o pedido formulado no *mandamus*, sob o fundamento de que a Constituição, em seu art. III, não lhe outorgara essa jurisdição originária, mas tão-somente jurisdição em sede de recurso para julgar esse tipo de demanda. Por isso, o Congresso não podia, por meio da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, ter expandido sua jurisdição para além do estabelecido no texto constitucional.

Marshall construiu o voto da Corte, portanto, não em razão da questão de fundo envolvida, e sim, tendo em conta a jurisdição da Suprema Corte como uma questão constitucional e o dever do Congresso em obedecer aos limites estabelecidos na Constituição:

Se o Congresso permanecesse livre para dar a esta corte jurisdição em sede de recurso, onde a Constituição declarou que sua jurisdição deve ser original; e jurisdição original, onde a Constituição declarou que deve ser em sede de recurso, a distribuição da jurisdição feita na Constituição seria forma sem substância. (...) Não pode ser presumido que alguma cláusula na Constituição tenha a pretensão de ser ineficaz; dessa forma, tal construção é inadmissível (...).⁴⁶

A Corte Marshall julgou então inconstitucional e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando historicamente o poder de *judicial review* da Suprema Corte. A *lógica de Marbury* é por todos conhecida: a Constituição é a lei suprema, imodificável por meios ordinários e pensamento contrário “subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas”; um ato legislativo contrário à Constituição então não é lei, é ato nulo, e cabe à Corte declarar essa nulidade.

⁴⁶ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

Marbury foi ativista em duas dimensões:⁴⁷ primeira, porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe uma competência sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse expressamente; segunda, Marshall afirmou um poder espetacular para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele.⁴⁸ Na realidade, “a Constituição tem comparativamente pouco a dizer sobre a Suprema Corte ou o judiciário federal em geral”.⁴⁹ O poder da *judicial review*, afirmado na “clássica argumentação estrutural” de Marshall, foi mais extraído da natureza e dos propósitos da Constituição do que dos significados normativos do seu texto.⁵⁰

Embora *Marbury* tenha, fora de dúvida, sido ativista, um aspecto relevante de restrição judicial escapa àqueles que são cegos ao caráter multidimensional de muitas decisões complexas e aos fatores extralegais que por diversas vezes motivam as decisões judiciais relevantes. Apesar de ter sido uma espetacular autoafirmação de poder (*judicial review*) pela Suprema Corte, o resultado imediato da decisão foi o de negar sua competência originária de controle sobre os atos de altas autoridades do governo e, com isso, abster-se de intervir na ação ilícita do governo federal sobre a violação do direito de *Marbury*. Sob essa perspectiva ou dimensão, *Marbury* foi uma decisão autorrestritiva, que retraiu o alcance do poder decisório da Corte, e não que expandiu esse poder.

Como explicar esse paradoxo? A explicação só é possível se assumir-se a perspectiva multidimensional de *Marbury* e transcenderem-se as suas motivações puramente jurídicas e metodológicas para investigá-la do ponto de vista estratégico que o contexto político lhe impunha. *Marbury* foi construída tendo em conta os conflitos políticos contemporâneos que exigiram de Marshall toda sua habilidade institucional. Isso não pode ser ignorado.

Em função da disputa política que compunha o pano de fundo de *Marbury*,⁵¹ Marshall tinha motivos de sobra para temer reações adversas do Presidente Jefferson, como o descumprimento da decisão e mesmo o pedido de seu impeachment, caso a Corte desse razão completa a *Marbury*.⁵² Por outro lado, Marshall também compreendia que “não haveria melhor oportunidade para formular a *judicial review*”,⁵³ de modo que ele promoveu então uma troca: abriu mão do poder de julgar originariamente

⁴⁷ Em sentido contrário, cf. MENDELSON, Wallace. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. (Ed.) *Supreme Court Activism and Restraint*. Op. cit., p. 59/60.

⁴⁸ HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958, p. 4.

⁴⁹ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., p. 3: o máximo que se pode dizer é que ela não precluiu a Corte “de tornar-se o tribunal poderoso da história contemporânea”; VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Op. cit., p. 235: “(...) na fundação da América, a supremacia da Constituição era clara, mas sua execução judicial não (...)”.

⁵⁰ BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 170/171.

⁵¹ Sobre os bastidores políticos da decisão, cf. SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., p. 73/75.

⁵² GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit., p. 91: a “decisão de Marshall [foi] extraordinariamente sensível às condições políticas da época.”

⁵³ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 22.

mandamus contra altas autoridades políticas e assim não se opôs a Jefferson, mas, para tanto, afirmou o poder da *judicial review*. Com essa estratégia, a Suprema Corte foi institucionalmente preservada e, ao mesmo tempo, realizou uma *então* discreta afirmação de um *poder superior* voltado para o futuro. Como destacou Frederick Lewis, o ativismo judicial de Marshall “foi modelado pelo contexto em que ocorreu” e, por isso, durou por longo período.⁵⁴

Marbury oferece lições imprescindíveis para os propósitos do estudo sobre o ativismo judicial: (i) que a *judicial review* já surgiu concretamente ativista e o ativismo judicial concretamente multidimensional, com mais de uma face ativista – falta de deferência da Suprema Corte ao Congresso Nacional e autoafirmação de um espetacular poder decisório sem previsão constitucional clara – e, ao mesmo tempo, diferentes faces de autorrestrição judicial – negação do poder pela Corte para controlar originariamente atos de altas autoridades do governo e capitulação frente aos interesses do Presidente da República; (ii) e que o ativismo judicial pode ser o resultado de estratégias ambivalentes de preservação institucional e simultâneo avanço de poder político-normativo. Assim foi *Marbury*.

3.2 Dred Scott v. Sandford

Apesar da espetacular afirmação de poder em *Marbury*, apenas meio século depois a Suprema Corte voltou a exercer a *judicial review* e a declarar inconstitucional uma lei federal. E o fez da pior maneira possível: no caso *Dred Scott v. Sandford*,⁵⁵ em que afirmou o *status* constitucional da escravidão e proferiu a decisão, considerada por muitos, mais infame de toda sua história.

Dred Scott foi escravo do major do Exército, John Emerson. À medida que Emerson era remanejado para diferentes postos militares, Scott o acompanhava e, em algumas dessas oportunidades, residiu em Territórios e Estados onde a escravidão era proibida. Foi assim em 1834, em *Rock Island*, no Estado de Illinois, cuja Constituição proibia a escravidão; e também em 1836, no *Fort Snelling*, localizado no então recém-criado Território de Wisconsin (1836-1848), em que a proibição da escravatura decorria da lei federal batizada como “Compromisso do Missouri” (1820).

Depois da morte de Emerson, em 1843, a viúva se recusou a entregar a Dred Scott sua liberdade. Ele então a demandou, na Corte estadual do Missouri, com o argumento de que tinha adquirido o direito à liberdade quando residiu no Estado de Illinois (1834-1836) e no Território Federal de Wisconsin (1836-1838), que proibiam a escravidão. Era a doutrina do “uma vez livre, sempre livre” (*once free, always free*). Inicialmente, Scott obteve a vitória, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte do Missouri. Depois de um arranjo para assegurar a jurisdição federal sobre o caso, a questão chegou à Suprema Corte.

⁵⁴ LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999, p. 9.

⁵⁵ 60 U.S. 393 (1856).

Em março de 1857, a Corte decidiu que Dred Scott não tinha legitimidade processual para discutir sua liberdade nas cortes federais do país. O *Chief Justice* Roger Taney, que “então produziu o mais desastroso voto já emitido pela Suprema Corte”,⁵⁶ disse que Scott não era “um membro da comunidade política formada e levada à existência pela Constituição”, mas sim, um “Negro” “cujos ancestrais foram trazidos a este país[,] vendidos como escravos”, e que eram considerados, ao tempo da promulgação da Constituição, “uma classe de seres humanos subordinada e inferior, que tinha sido subjugada pela raça dominante e, mesmo que emancipados, ainda permaneceriam sujeitos a sua autoridade”.⁵⁷

Ademais, na que é para muitos a formulação mais remota da cláusula do devido processo legal (*due process of law clause*) como *limite substantivo* às ações do governo que restringem liberdades fundamentais ou o direito de propriedade,⁵⁸ o *Chief Justice* Taney afirmou que a V Emenda garantia aos cidadãos americanos o direito constitucional de propriedade de escravos e, por isso, esse direito não poderia ter sido validamente diminuído pelo Congresso.⁵⁹ Portanto, Dred Scott não poderia adquirir sua liberdade pela permanência no Território de Wisconsin porque a Corte declarou a própria inconstitucionalidade da lei federal que havia proibido a escravidão naquele território (o Compromisso do Missouri).

O ativismo judicial de *Dred Scott* não está na afirmação de que negros não eram cidadãos e, sim, uma “raça infeliz”, “inferior”, simples “artigos de mercancia”. Essas afirmações compõem o caráter moralmente odioso da decisão. O caráter ativista está principalmente na ambição (ou ingenuidade?⁶⁰) da Corte em tentar resolver o conflito político mais tormentoso daqueles dias e em negar ao Congresso o poder de controlar esse conflito nos territórios federais. Em vez de evitar questão tão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar o tema.

Agindo dessa forma, a Corte não foi só ativista mas também inconsequente. A cautela estratégica, que esteve presente em *Marbury*, faltou à Corte Taney, que errou gravemente ao “imaginar que uma questão política ardente pudesse ser temperada chamando-a de questão ‘legal’ e decidindo-a judicialmente”.⁶¹ Essa ação da Corte, como se sabe, só fez agravar a divisão político-ideológica do país, ajudando a eclosão da Guerra Civil.⁶²

Por outro lado, assim como *Marbury*, *Dred Scott* apresenta mais de uma face em torno do ativismo judicial. Taney fundamentou seu voto no dever de interpretar

⁵⁶ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court. Op. cit.*, p. 62.

⁵⁷ 60 U.S. 393, 403-405 (1856).

⁵⁸ TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution. Op. cit.*, p. 111/112; SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005, p. 85.

⁵⁹ 60 U.S. 393, 451-452 (1856).

⁶⁰ LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age. Op. cit.*, p. 10.

⁶¹ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court. Op. cit.*, p. 63.

⁶² Cf. DEVINS, Neal; FISHER, Louis. *The Democratic Constitution*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 149/151; BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 259/262.

a Constituição de acordo com o *status* do negro ao tempo em que o documento foi ratificado (1787-1788) – para ele, o negro não era considerado *cidadão* pelos que redigiram e ratificaram a Constituição (*founding fathers*), mas pertencia a uma classe subordinada e inferior de seres humanos. Ainda que julgasse injusta essa conclusão, Taney não admitiu para a Suprema Corte o papel de *poder constituinte reformador*, tão próprio das Cortes ativistas contemporâneas. Ele afirmou que não é “atribuição [da Corte] decidir sobre a justiça ou injustiça” e que as injustiças da Constituição encontram nela mesma seu remédio: o processo de emenda constitucional.⁶³ Enquanto a norma constitucional injusta permanecesse inalterada, prosseguiu Taney, ela “deveria ser interpretada (...) como foi entendida ao tempo de sua adoção”.⁶⁴

O paradoxo comportamental é evidente: como explicar que uma Corte, tão ambiciosa em resolver o tema mais tormentoso de seu tempo e indiferente à posição do Congresso, fez, ao mesmo tempo, uma defesa tão veemente da limitação de seu papel como intérprete constitucional? Assim como em *Marbury*, fatores externos e estratégicos, e não puramente jurídicos, podem fornecer uma resposta adequada.

Dred Scott é uma hipótese de *uso político da Corte*. Em 1857, o Presidente Buchanan ainda não havia tomado publicamente uma posição sobre o problema da escravidão e seu próprio partido estava fragmentado entre a facção antiescravagista do Norte e a escravagista do Sul. Qualquer que fosse sua decisão, ele sofreria custos políticos. Receoso, Buchanan declarou, dois dias antes do julgamento, que a escravidão era “felizmente, uma questão de pouca importância prática”, pois era uma “questão judicial, que legitimamente pertenc[ia] à Suprema Corte”, que a “julgaria rápido e em definitivo” e ele, como deveria fazer todo bom cidadão, aceitaria a decisão, independente do resultado.⁶⁵

A estratégia de Buchanan, para fugir dos ônus do conflito, foi então “despolitizar” e, conseqüentemente, judicializar a questão, transferindo para a Suprema Corte a responsabilidade por sua resolução⁶⁶ – uma *hipótese ancestral de judicialização da política*. Buchanan reforçou a autoridade da Corte para preservar a sua, de forma que essa agressividade judicial se deu em um ambiente de forte incentivo político da mais importante autoridade do país: o Presidente da República. Por sua vez, a fidelidade ao *sentido normativo original*⁶⁷ de “cidadão” na Constituição foi estrategicamente utilizada pela Corte para justificar o caráter judicial da questão, legitimando, ao mesmo tempo, a renúncia de Buchanan em resolver a questão e o avanço de seu poder legal sobre o tema. Todavia, a história contou que a passividade de Buchanan e o ativismo da Corte foram ambos equivocados.

⁶³ *Dred Scott* foi realmente superada formalmente apenas por meio da XIII Emenda. Cf. FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 203.

⁶⁴ 60 U.S. 393, 426 (1856).

⁶⁵ WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p 69.

⁶⁶ Cf. GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science*, vol. 8, 2005, p. 425/426.

⁶⁷ A abordagem de Taney tem todas as características do *originalismo*. Não é por menos que SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes. Op. cit.*, p. 85, diz que “não é implausível descrever *Dred Scott v. Sandford* como a primeira manifestação proeminente do ‘originalismo’ no direito constitucional Americano”.

Dred Scott também apresenta importantes lições para a abordagem do ativismo judicial deste estudo: (i) que decisões ativistas sobre temas cruciais podem responder aos propósitos de autoridades públicas que transferem para a Corte a responsabilidade por essas decisões como parte de uma estratégia de evitar custos políticos de medidas controversas; (ii) que decisões ativistas sobre questões cruciais devem sempre ser precedidas de cálculos precisos quanto a seus efeitos sistêmicos e suas consequências políticas; (iii) que o caráter multifacetado das decisões ativistas fica evidente também em *Dred Scott*, que representou, de um lado, uma postura agressiva e intrusiva da Corte em assunto eminentemente político e altamente controverso, mas de outro, foi construída sobre uma base metodológica e institucional de humildade judicial, notadamente a fidelidade ao sentido original da Constituição e a negação do poder de reforma ou *correção moral* da Carta.

3.3. *Lochner v. New York*

No caso *Lochner*, estava em jogo decidir se uma lei do Estado de Nova Iorque (*Bakeshop Act*), que criminalizou a exigência ou a permissão da jornada de trabalho de padeiros, que excedesse a sessenta horas semanais ou à média de dez horas diárias, com o propósito de proteger a saúde e o bem-estar dessa classe de trabalhadores e da população em geral, teria representado um exercício regular do poder de polícia do Estado e, portanto, uma interferência legislativa necessária e apropriada sobre a liberdade individual dos contratantes. Em suma, a questão era saber se o legislador estadual poderia interferir nas relações contratuais de trabalho. A maioria da Suprema Corte decidiu que não.⁶⁸

A Suprema Corte declarou a lei inconstitucional porque ela teria restringido, sem fundamento razoável, “o direito de contrato entre o empregador e o empregado concernente ao número de horas em que o último pode trabalhar” o que violava, segundo a maioria da Corte, “[a] liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda da Constituição Federal”.⁶⁹ A lei configurou, de acordo com a retórica libertária do *Justice* Rufus Peckham, uma interferência desarrazoada, desnecessária e inadequada do Estado de Nova Iorque sobre o direito de livre contratação das partes envolvidas. A lei não teria observado o princípio constitucional do devido processo legal substantivo.

Lochner simbolizou um período de jurisprudência conservadora da Suprema Corte (*Era Lochner*), marcada pela ideologia do *laissez faire* e por uma leitura amplificada da Emenda XIV e de sua cláusula do devido processo legal *substantial*.⁷⁰ Aplicando um teste muito rigoroso de legitimidade, a Corte declarou inconstitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho, contratação preferencial de empregados sindicalizados, estímulo à associação de trabalhadores, etc.⁷¹

⁶⁸ 198 U.S. 45 (1905).

⁶⁹ 198 U.S. 45, 53 (1905).

⁷⁰ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law. Op. cit.*, p. 313/315.

⁷¹ Cf. STRAUSS, David A. *Why was Lochner Wrong? The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (1), 2003,

Lochner é também considerada uma das decisões mais desastrosas da história da Suprema Corte e seus principais defeitos foram denunciados nos votos dissidentes de dois importantes juízes, John Marshall Harlan e Oliver Holmes. Harlan destacou que a Corte estava diante de uma questão de política legislativa envolvida tanto em incerteza fática como em divergência teórica e, por isso, havia “espaço para debate e para uma diferença honesta de opinião” suficiente para exigir da Corte uma postura de deferência à decisão prévia do legislador, que representava a vontade do povo de Nova Iorque. Apenas se a restrição legislativa à liberdade de contratar se mostrasse absolutamente desarrazoada e desnecessária, de inconstitucionalidade além de qualquer dúvida razoável, a Corte deveria intervir.

De acordo com Harlan, a maioria da Corte estava decidindo sem levar em conta a capacidade deliberativa do legislador e sem considerar sua própria falta de capacidade institucional para tratar de temas como saúde e segurança. Em se tratando de questões técnicas de política pública de saúde e bem-estar social, a Corte deveria dar mais importância aos estudos e aos cálculos prévios feitos pelo legislador estadual nova-iorquino. Por tudo isso, ele concluiu que a postura de autorrestrrição judicial seria a única adequada ao caso julgado.⁷²

Oliver Holmes lançou em *Lochner* “um dos mais celebrados e influentes votos da história Norte-americana”,⁷³ acusando a maioria de seus pares de decidir baseada em “uma teoria econômica que não é acolhida por uma grande parte do país” e declarando que mesmo que ele concordasse com essa teoria, não seria sua função impô-la sobre a vontade do legislador estadual. Holmes destacou que “uma Constituição não é pretendida a incorporar uma teoria econômica particular, (...) [mas] é feita por pessoas de pontos de vista fundamentalmente divergentes” o que deslegitimaria a Corte e legitimaria as maiorias políticas de cada tempo para decidir qual teoria econômica deve prevalecer em cada momento histórico. Por essa razão, ele condenou a visão político-libertária da Corte sem que isso pudesse decorrer da própria Constituição.

Holmes criticou também o maximalismo da maioria da Corte, que promoveu uma profunda teorização da XIV Emenda e de sua cláusula do devido processo legal. “Proposições gerais não decidem casos concretos”, ele disse, e o termo “liberdade” acaba “pervertido” com sua abordagem amplificada e seu uso indiscriminado em detrimento de decisões razoáveis tomadas pelas maiorias legislativas.⁷⁴ O discurso de Holmes em favor do dever de deferência da Suprema Corte às decisões prévias do legislador, assim como o de Harlan, foi típico de autorrestrrição judicial para o caso *Lochner*.⁷⁵

p. 373/374.

⁷² 198 U.S. 45, 65-74 (1905).

⁷³ BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 35.

⁷⁴ 198 U.S. 45, 75 (1905).

⁷⁵ Não obstante, não se pode ignorar que em Holmes também há uma matriz relevante da dimensão interpretativa e metodológica do ativismo judicial. De acordo com Richard A. Posner, *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 232, “... em muitos de seus votos, Holmes rejeitou a então ortodoxa noção que juízes podiam decidir casos difíceis por um processo de ou muito similar à dedução lógica de premissas dadas por textos legais impositivos, ou por princípios universais inquestionáveis que

Na linha manifestada por Harlan e Holmes, o ativismo judicial de *Lochner* se destacou fundamentalmente em duas dimensões. A primeira foi que a Suprema Corte defendeu um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no Texto Constitucional, apenas deduzindo-o de um enunciado normativo muito vago e indeterminado como o do devido processo legal. É sem dúvida uma manifestação ativista que sugere algumas críticas. No entanto, ela levanta uma questão no mínimo instigante: como compatibilizar essa crítica ao *velho* ativismo judicial conservador de *Lochner* com a afirmação liberal contemporânea do ativismo judicial de defesa dos direitos fundamentais, se ambas as práticas estão ligadas à interpretação ampliativa dos catálogos de direitos e à afirmação de direitos implícitos?⁷⁶

Segundo penso, o problema maior de *Lochner* não foi aplicar direitos não enumerados na Constituição, mas sim, o fato de a maioria da Corte ter subvalorizado os outros bens e interesses em jogo. Não é todo o ativismo de *Lochner* que deve ser condenado, no entanto, ele precisa de um recorte que o torne adequado a um mundo marcado pelo pluralismo e pela necessidade de proteção social pelo Estado em favor das classes desfavorecidas.

A segunda manifestação ativista da decisão foi o fato de a Corte *Lochner* ter interferido em um caso legislativo de política pública que, por sua natureza e conteúdo, exigia deferência à capacidade epistêmica do legislador.⁷⁷ A Suprema Corte agiu com o máximo rigor no julgamento da “veracidade das estimativas empíricas” da lei, ou seja, das conclusões empíricas que motivaram o legislador. Não reconheceu ao legislador de Nova Iorque o que Robert Alexy denomina *margem de ação epistêmica do tipo empírico*, isto é, que cabe ao legislador, *prima facie* em uma democracia, dizer dos fatos relevantes e dos resultados práticos pretendidos que dirigem as ações legislativas restritivas de direitos.⁷⁸ O ativismo de *Lochner*, portanto, não levanta apenas objeções de natureza democrática, mas também questões ligadas à temática das capacidades institucionais.

A histórica decisão é também paradigmática para o estudo sobre o ativismo judicial. Ela possui duas dimensões destacadas do ativismo contemporâneo – (i) a aplicação imediata e vigorosa de direitos fundamentais apenas vaga ou mesmo implicitamente previstos na Constituição; (ii) a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica do Executivo ou do Legislativo em matéria de políticas públicas.

inspiram e são subjacentes àqueles textos”. Cf. HOLMES, Oliver Wendell Jr. The Path of Law. *Harvard Law Review*, vol. 10 (8), 1897, p. 457/478.

⁷⁶ Essa é a preocupação desenvolvida por STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? *The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (1), 2003, p. 373/386.

⁷⁷ Cf. HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. *Notre Dame Law Review*, vol. 83 (3), 2008, p. 1085/1090. Sobre a capacidade epistêmica superior do legislador em relação à Suprema Corte como argumento de autorrestrrição judicial em favor da maior capacidade institucional do Legislativo, cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Op. cit.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 66, 2002, p. 50/53.

Ademais, a decisão foi muito tributária da preferência da maioria conservadora da Corte por uma filosofia econômica *laissez faire* para a sociedade norte-americana. Isso significa que *Lochner* – assim como ocorrera com *Marbury* e *Dred Scott* – não se deu em um vácuo político, mas desenvolveu-se na então incipiente disputa entre conservadores e progressistas em torno das questões econômicas e sociais mais importantes do país. Na realidade, desde então, o ativismo judicial nos Estados Unidos tem sido marcado profundamente por essa disputa. É do que me ocupo nos tópicos seguintes.

4. O Ativismo Judicial entre Conservadores e Liberais

A história do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada por um duelo político-ideológico entre conservadores e liberais *pela alma* da Suprema Corte. As concepções morais e políticas dos juízes têm alguma influência para seus votos em casos difíceis, nos quais o direito escrito não oferece uma resposta única nem mesmo precisa. Nesses casos mais complexos e normalmente mais importantes, juízes de distintas orientações ideológicas fazem julgamentos inevitavelmente políticos, de sentidos opostos e igualmente controversos.⁷⁹

Os partidos políticos sabem muito bem disso e utilizam essa variável para avançar na Corte suas agendas por meio dos mecanismos de nomeação (Presidente) e confirmação (Senado) de juízes. É o processo de interpretação constitucional implicado e interagindo com o sistema político-democrático. A consequência é um eterno embate ideológico e partidário em torno de decisões judiciais cruciais: conservadores, de um lado; liberais de outro; o Partido Republicano, normalmente do lado conservador; o Partido Democrata, do liberal; e no meio, a “melhor” ou “mais adequada” composição da Suprema Corte.

Conservadores e liberais divergem sobre o grau de intervenção do Estado na economia; federalismo; aborto; direitos dos gays; ações afirmativas raciais; pena de morte; financiamento de campanhas eleitorais.⁸⁰ Mas o desenvolvimento judicial dessas controvérsias mostra um ponto comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas político-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é sua agenda que está sendo posta em prática. Como disse um destacado juiz norte-americano, “quando liberais são preponderantes na Corte, conservadores exaltam autorrestrição e denunciam ativismo”, mas “quando conservadores são preponderantes na Corte, liberais exaltam autorrestrição... e denunciam ‘ativismo judicial conservador’”.⁸¹

⁷⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 147. Não se está assumindo aqui, e muito longe disso, a perspectiva atitudinal absoluta de adjudicação (cf. por todos, SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. *Op. cit.*) no sentido de os juízes atuarem completamente livres de constrações legais ou extralegais para avançarem apenas suas ideologias. Na realidade, o que se quer dizer é que a ideologia dos juízes cumpre um papel importante em suas decisões, mas não é a única variável operante.

⁸⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 324/344.

⁸¹ EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism. *Colorado Law Review* 73 (4), 2002, p. 1403.

Os acontecimentos a seguir descritos revelam como essa adversidade histórica, entre conservadores e liberais e seus partidos políticos correspondentes, torna o debate norte-americano sobre o ativismo judicial um “debate sem fim”⁸² e também como fatos e circunstâncias políticas podem influenciar a direção das decisões ativistas.

4.1. Ascensão e Queda da Corte Lochner: os Mesmos Fatores Políticos

Além do conservadorismo, o ativismo judicial da Corte Lochner impressionou também pela insistente incapacidade de reação do sistema político. Apesar de todas as críticas, máxime de pensadores e políticos progressistas, *Lochner* foi a *law of the land* por pouco mais de três décadas⁸³ e sua superação só foi possível com o Presidente Roosevelt e seu *Court-Packing Plan*. Porém, uma pesquisa mais profunda revela que o principal fator de superação da Corte Lochner foi também o de sua formação: a política. Veneno e antídoto se confundem no conjunto de estratégias que envolveram o antes e o depois de *Lochner*.

Em 1870, a Suprema Corte decidiu *Hepburn v. Griswold*,⁸⁴ caso que envolveu uma lei federal (*Legal Tender Act*, de 1862) autorizativa da emissão de moeda-papel (*greenback*) com eficácia retroativa de moeda corrente do país, hábil para pagamento de dívidas contraídas mesmo antes da publicação da lei. O governo federal emitiu em torno de um milhão e meio de dólares dessas notas com o propósito de custear seus gastos com a Guerra Civil. No entanto, a Suprema Corte julgou inconstitucional a utilização retroativa da nova moeda. As dívidas contratadas antes da lei, segundo a Corte, deveriam ser pagas exatamente como pactuadas: em moedas de prata ou ouro, que eram dotadas de valor intrínseco.

Essa decisão deixou não apenas o governo federal descontente, mas também o setor econômico mais importante da época: o ferroviário. Havia a necessidade para ambos de que *Hepburn* fosse superada. No mês seguinte à decisão, o presidente Grant teve a oportunidade de nomear dois novos juízes para a Corte e ele indicou dois advogados de companhias ferroviárias. Também pediu a reavaliação das questões decididas em *Hepburn*. Em um ano e com os votos decisivos dos dois novos juízes, a Suprema Corte superou *Hepburn*.⁸⁵

Na época, assim, a posição da Corte em favor das poderosas corporações econômicas tornou-se uma tendência, que se consolidou com a continuidade de nomeações de advogados de ferrovias e de outros poderosos setores econômicos para a Corte, todos fervorosos defensores do *laissez faire*. Os Estados Unidos viviam então o período conhecido como a “Era Dourada” (*Gilded Age*), caracterizada por um crescimento econômico extraordinário, principalmente das estradas de ferro. Como

⁸² ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 15.

⁸³ Em sentido contrário, definindo *Lochner* como *outlier*, cf. BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. *Op. cit.*, p. 51.

⁸⁴ 75 U.S. 603 (1870).

⁸⁵ *Knox v. Lee*, 79 U.S. 457 (1871).

disse MacGregor Burns, foi uma era marcada pela “devoção Republicana pós-guerra civil ao *laissez faire*” e pela “ubiquidade do poder das ferrovias”,⁸⁶ e nesse cenário foi até natural a influência das principais corporações econômicas sobre o governo federal na formação da Suprema Corte.

Essa estratégia resultou, todavia, a formação de uma Corte que aos poucos se mostraria hostil a toda e a qualquer intervenção estatal sobre a liberdade das empresas. Depois de *Hepburn*, a Suprema Corte ainda admitiu a intervenção estatal na economia nos importantes casos *Slaughter-house* (1872) e *Munn v. Illinois* (1877).⁸⁷ Porém, nesses julgados, ganharam destaque os votos vencidos do Justice Stephen Field, que anteciparam a “ideia de liberdade de contrato” e a “ideologia conservadora [que] dominaria a Corte por uma década ou duas”.⁸⁸ Nesses votos, encontrava-se a futura base doutrinária de *Lochner*: a dimensão substancial da cláusula do devido processo legal da XIV Emenda.

Em 1890, julgando *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railway Co. v. Minnesota*,⁸⁹ a Suprema Corte, então já solidamente devotada ao *laissez faire* e seguindo a linha dos referidos votos vencidos de Field em *Slaughter-house cases* e *Munn*, anulou lei do Estado de Minnesota por considerar desarrazoada, sob o prisma do devido processo legal substantivo, sua regulação de tarifas de transporte ferroviário. Com essa decisão, a Corte consolidou de uma vez a cláusula do devido processo legal como uma “ferramenta importante para a proteção da propriedade privada e de direitos adquiridos” contra as intervenções do Estado na economia e seu papel de “censor perpétuo” da legislação econômica e regulatória norte-americana.⁹⁰

Esse foi então o perfil de Corte intervencionista que vigorou na última década do séc. XIX e que no início do séc. XX viria a decidir *Lochner*: ativista e conservadora na defesa do *direito natural* de propriedade e da liberdade de contrato; hostil quanto à intervenção estatal na economia. Portanto, o ativismo judicial conservador da Era *Lochner* encontrou sua origem na estratégia do governo em estabelecer a composição da Suprema Corte, durante as últimas décadas do século XIX, majoritariamente favorável aos interesses da elite econômica então dominante. Política democrática e força econômica interagiram para institucionalizar na Suprema Corte a interpretação constitucional que consideravam a mais adequada – proteção da propriedade e da liberdade econômica das grandes empresas.

Isso explica bastante a decisão da Suprema Corte em *Plessy*,⁹¹ outra candidata à pior decisão de sua história.⁹² Nessa decisão de 1896, a Corte legitimou medida legal de segregação racial, deixando muito claro que sua vocação para proteger

⁸⁶ BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 97.

⁸⁷ 83 U.S. 36 (1872); 94 U.S. 113 (1877).

⁸⁸ BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 102; no mesmo sentido: BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. *Op. cit.*, p. 17.

⁸⁹ 134 U.S. 418 (1890). Merece destaque também *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

⁹⁰ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. *Op. cit.*, p. 309-311.

⁹¹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁹² Em seu voto vencido, John Marshall Harlan profetizou que *Plessy*, “com o tempo, provará ser tão nociva quanto a decisão da Corte no caso *Dred Scott*.” (163 U.S. 537, 559).

direitos restringia-se à liberdade econômica das grandes empresas e, nessa linha de pensamento libertário, não poderia alcançar questões de igualdade e de proteção a minorias excluídas. Muito ao contrário, a preocupação do Estado com as minorias desprotegidas seria o grande alvo desse modelo político-ideológico de Corte que havia então se formado e que dominaria a cena por quase meio século (1890-1937).

A dimensão marcante do ativismo judicial desse período (Era *Lochner*) foi da interferência da Suprema Corte nas políticas públicas estabelecidas pelo governo. A Corte agia com pouca ou nenhuma deferência às importantes decisões políticas dos outros poderes e, o que é ainda pior, para a manutenção do *status quo* em favor dos mais poderosos. Para mudar esse persistente quadro de ativismo reacionário, de defesa dos interesses de elites econômicas e de insuficiência na proteção de minorias e classes socialmente desfavorecidas, seria necessária a mesma estratégia que lhe favoreceu inicialmente: a ação política sobre a formação da Corte. E foi aí que entrou em cena o presidente Franklin Delano Roosevelt.

Durante a “Grande Depressão”, grave crise econômica dos anos 30, Roosevelt lançou um amplo programa de intervenção econômica e social, conhecido como *New Deal*, com o propósito de recuperar a economia norte-americana e proteger as classes sociais mais pobres e prejudicadas pela crise. A Suprema Corte, em maio de 1935, seguindo os mesmos princípios conservadores que caracterizaram sua jurisprudência das últimas décadas do século XIX e em *Lochner*, negou validade a três dessas importantes medidas.⁹³ Para a maioria conservadora,⁹⁴ o Congresso havia delegado inconstitucionalmente poderes ao Presidente para intervir na economia. Nem mesmo circunstâncias extraordinárias, como as que se faziam presentes na ocasião, justificariam tamanha interferência nos negócios particulares.

Depois dessas decisões, a Corte ainda anulou outras medidas,⁹⁵ colocando-se definitivamente em uma situação não apenas de impopularidade, mas em uma espessa zona de conflito institucional, contrapondo-se ao Executivo e ao Legislativo sob a liderança de Roosevelt. O presidente decidiu então investir contra a própria estrutura conservadora da Suprema Corte, formulando o que ficou conhecido como *Court-Packing Plan*: o Presidente propôs ao Congresso, em 5 de fevereiro de 1937, lei estabelecendo a nomeação de um juiz adicional para cada outro da Corte que superasse a idade de 70 anos. Como a Corte era, na época, a mais velha da história (a *Old Court*), Roosevelt poderia então nomear até seis juízes de uma só vez e, assim, povoá-la com homens que apoiavam o *New Deal* e colocar um ponto final no ativismo judicial conservador até então vigente.

⁹³ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935); *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* 295 U.S. 555 (1935); *Humphrey's Executor v. United States* 295 U.S. 602 (1935).

⁹⁴ Em 1935, a Suprema Corte possuía uma sólida base conservadora, composta por quatro juízes conhecidos como os “Four Horsemen”: Willis Van Devanter, James McReynolds, George Sutherland e Pierce Butler. No extremo oposto, havia uma minoria liberal composta por três dos mais notáveis juízes da história da Suprema Corte: Louis Brandeis, Harlan Fisk Stone e Benjamin Cardozo. O *Chief Justice* Charles Evans Hughes, outro notável juiz, e Owen Roberts eram considerados moderados, mas, na maior parte das vezes, o primeiro se juntava à ala liberal e o segundo formava a maioria conservadora.

⁹⁵ 297 U.S. 1 (1936); 298 U.S. 238 (1936); 298 U.S. 513 (1936); 298 U.S. 587 (1936).

O plano não foi realizado exatamente como formulado, pois sua proposta de “abarrota” a Corte não teve apoio popular nem político, mas Roosevelt, com a pressão política que exerceu, no final alcançou a vitória: em pouco mais de um mês depois, em uma série de decisões iniciada com *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,⁹⁶ a Suprema Corte “capitulou em meio à ameaça de uma autêntica crise constitucional”⁹⁷ e superou suas decisões anteriores contra o *New Deal*. Em função da mudança de orientação do juiz moderado Owen Roberts – que ficou conhecida como “the switch in time that saved nine” – a nova maioria a favor do *New Deal* abandonou a doutrina de *laissez faire* e negou o caráter absoluto da liberdade de contrato, reconhecendo que esse direito deveria sujeitar-se à regulação razoável pelo Estado. A Corte deixou de lado o ativismo conservador e passou a ser deferente às medidas de reforma política e social do *New Deal*, sendo asseguradas, em definitivo, as transformações constitucionais⁹⁸ pretendidas pela coalizão política dominante liderada por Roosevelt.

Posteriormente, dentro da normalidade institucional de nomeação de juízes para a Suprema Corte,⁹⁹ Roosevelt assegurou sua vitória definitiva e a Corte, como defendeu Robert Dahl, tornou-se *parte essencial da aliança política de governo*:¹⁰⁰ nos anos seguintes à sua mudança de orientação, houve várias aposentadorias e mortes dos membros da *Old Court* e Roosevelt nomeou, entre 1937 e 1943, nada menos que oito novos juízes, todos defensores do *New Deal* e ligados ao Partido Democrata ou à sua administração. Ele ainda indicou um novo *Chief Justice* em 1941, Harlan Fisk Stone, um republicano liberal que já compunha a Corte desde 1925 e que sempre proferiu votos favoráveis ao *New Deal*. Com essas nomeações, Roosevelt tinha formado uma Suprema Corte orientada pelos princípios do *New Deal* (a *New Deal Court*) e o ativismo judicial conservador do tipo *Lochner* havia sido então superado.

O ataque e a vitória de Roosevelt sobre a *Old Court*, em torno da afirmação constitucional dos princípios do *New Deal* e da superação do ativismo judicial hostil

⁹⁶ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); cf. também 300 U.S. 440 (1937), 300 U.S. 515 (1937), 301 U.S. 1 (1937), 301 U.S. 49 (1937), 301 U.S. 58 (1937), 301 U.S. 103 (1937), 301 U.S. 142 (1937).

⁹⁷ SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books, 2004, p. 54.

⁹⁸ Sobre a afirmação/revolução do *New Deal* como um “momento constitucional” que modificou informalmente a Constituição, alterando profundamente a visão então dominante do direito constitucional ao estabelecer “um novo arranjo institucional por meio do qual o Povo Americano pode definir, debater, e finalmente decidir seu futuro constitucional”, cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 47, *et seq.*

⁹⁹ Sobre os marcos históricos da política de nomeação de juízes para Suprema Corte, cf. TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010, p. 93, *et seq.*; TRIBE, Laurence H. *God Save This Honorable Court. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*. New York: Random House, 1985.

¹⁰⁰ O alinhamento entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte após a vitória na *batalha pelo New Deal* é um dos exemplos usados por DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law*, vol. 6 (2), 1957, p. 279/295, para provar sua tese sobre a Corte como um ator político nacional. Para Dahl, “exceto por períodos curtos de transição quando a velha aliança está desintegrando e a nova está lutando para tomar o controle das instituições políticas, a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante”, “uma parte essencial da liderança política”, exercendo a tarefa fundamental, com seu poder de interpretação constitucional, de conferir legitimidade “sobre padrões básicos de comportamento exigidos para a operação de uma democracia.” A questão é que esses períodos de transição não costumam ser tão curtos assim e a luta por sua superação é sempre muito dramática.

às políticas públicas progressistas do governo, deixam ao nosso estudo o exemplo definitivo de como ações políticas, principalmente sobre a composição da Suprema Corte, podem afetar a interpretação judicial da Constituição.¹⁰¹ É claro que existem outras variáveis dirigentes das ideias constitucionais, como a emergência de forças socioeconômicas e até novas concepções teórico-filosóficas que os juízes assumem com o tempo, mas o caso *New Deal* mostra como a luta política para tornar a Corte uma “aliada” é sem dúvida um fator muito poderoso.

4.2. A *New Deal Court* e o Ativismo Liberal da Corte Warren

Encerrada a batalha pelo *New Deal*, a Corte recém-formada por Roosevelt, que era essencialmente a retratada por Schlesinger em 1947 (item 2, *supra*), atuou sob a doutrina de deferência à intervenção do governo na economia. Por maiores que fossem os desacordos pessoais e intelectuais entre os membros daquela “talentosa e barulhenta” Corte, eles eram uníssonos em reconhecer que o “governo tinha a prioridade para regular a economia” e isso era especialmente verdade em se tratando de medidas impostas pelo governo federal.¹⁰² As ameaças político-estratégicas e as nomeações de juízes para a Suprema Corte, praticadas por Roosevelt, garantiram que o conservadorismo da Era *Lochner* se tornasse, naquela época, um assunto encerrado. Já o ativismo judicial...

Os juízes nomeados por Roosevelt eram, antes de tudo, *New Dealers*, isto é, defensores dos princípios progressistas do *New Deal*. Esses princípios não incluíam apenas deferência às ações regulatórias do governo no campo econômico e social, mas também o compromisso com a promoção de direitos e liberdades básicas do homem¹⁰³ e foi, em função desse compromisso, que a maioria de seus juízes dirigiu suas preocupações para outra cláusula importante da XIV Emenda: a *equal protection of the laws*.

Como bem afirmou McCloskey, “velhos interesses e valores se foram, contudo, um novo conjunto se levantaria para substituí-los” e, para os *New Dealers* da Corte Roosevelt (*New Deal Court*), esses novos interesses e valores envolviam a proteção dos direitos civis como a essência do governo democrático, cabendo a eles “fazer o seu melhor para preservá-los.”¹⁰⁴ A Suprema Corte possuía então um novo papel político-institucional: em vez de garantia absoluta aos direitos de propriedade e da liberdade de contrato da classe econômica dominante, o “novo negócio” da Corte era a proteção dos direitos e liberdades civis, principalmente dos mais desprotegidos e menos favorecidos.¹⁰⁵ Isso não se deu em um vácuo teórico, mas sua base hermenêutica

¹⁰¹ TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. *Op. cit.*, p. 132/139.

¹⁰² POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 7/17.

¹⁰³ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 139: “Com uma ou duas possíveis exceções, todos os juízes nomeados ao tribunal desde 1937 compartilhavam um *ethos* geral de direitos civis.”; SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. *Op. cit.*, p. 351: “A Corte Roosevelt, que incluía sólidos apoiadores dos direitos civis e políticos...”.

¹⁰⁴ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 119/121-129.

¹⁰⁵ McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. *Op. cit.*, p. 173; BLOOM JR., Lackland

estava na festejada nota de rodapé nº 4 de *United States v. Carolene Products Co.*,¹⁰⁶ escrita por Harlan Fisk Stone em 1938.

A ideia de Stone foi a de estabelecer padrões diferentes de controle de constitucionalidade para a Corte, ou seja, um controle mais forte ou mais fraco a depender da matéria envolvida. Em sua “teorização jurisprudencial do *New Deal*”, Stone arguiu, por um lado, o abandono do controle judicial assertivo da legislação econômica regulatória e por outro, um controle mais agudo (*strict scrutiny*) de leis que ameaçassem os valores da democracia, restringissem as liberdades civis básicas ou veiculassem aparente preconceito contra “minorias discretas e insulares”.¹⁰⁷ Nesses últimos casos, deveria haver um alcance mais limitado para a aplicação da presunção de constitucionalidade das leis, de forma que a ideia fosse quase a de *suspeita de inconstitucionalidade* dessas leis. Essa foi, sem dúvida, a base doutrinária inicial do *ativismo judicial liberal*¹⁰⁸ – do avanço judicial de liberdades e direitos fundamentais, apenas vagamente definidos na Constituição, em favor de grupos minoritários e socialmente desfavorecidos e em face do poder político.

A aplicação dessa doutrina pela *New Deal Court* passava, no entanto, pelo conflito, descrito por Schlesinger, entre o grupo de “campeões da autorrestrrição judicial” – liderado por Frankfurter – e o grupo de “campeões do ativismo judicial” – liderado por Hugo Black. James MacGregor Burns diagnosticou com muita precisão o porquê de *New Dealers*, igualmente apontados por Roosevelt, terem adquirido visões tão distintas acerca do papel da Suprema Corte nos anos pós-triunfo do *New Deal*. Para ele, isso decorreu das diferentes reações que essas distintas personalidades manifestaram quanto aos aspectos negativos do ativismo reacionário da Corte Lochner e do ataque da *Old Court* ao *New Deal*:

Cada homem tinha tomado diferentes lições do ativismo reacionário da *old court*. Para Frankfurter, isso significava que os juízes não devem ser assertivos em tomar decisões políticas, mas abordar as questões com autorrestrrição e equilíbrio e dar aos poderes políticos o benefício da dúvida constitucional. (...) Para Black e seu bloco – mais notavelmente Douglas, com Murphy e Rutledge como aliados regulares – o problema com a *old court* foi que ela era reacionária, e não que ela era ativista. Para causas liberais (...) a Suprema Corte deveria atuar assertivamente, assinalando limites claros e manifestos de permissão ou restrição à ação do governo.¹⁰⁹

H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution. Op. cit.*, p. 283.

¹⁰⁶ 304 U.S. 144, 155 (1938).

¹⁰⁷ TUSHNET, Mark. The Supreme Court and the National Political Order. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) *The Supreme Court & American Political Development*. Lawrence: Kansas, 2006, p. 119.

¹⁰⁸ É o que defende, entre outros, Robert M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. Yale Law Journal*, vol. 91 (7), 1982, p. 1.287/1.316.

¹⁰⁹ BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court. Op. cit.*, p. 168. No mesmo sentido: HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit*

Para o grupo de Frankfurter, portanto, a questão era mesmo sobre o papel limitado da Suprema Corte no sistema político: independente de se tratar de leis conservadoras ou progressistas, para esse grupo a postura deveria ser a de deferência aos poderes políticos. Já para o grupo de Black, a censura à doutrina de *Lochner* e à postura da *Old Court* foi de sentido liberal: contra o conservadorismo de seus juízes, mas não contrária, de forma generalizada, à postura institucional de enfrentamento ao governo.

Mesmo com a forte oposição do grupo de Frankfurter, a Suprema Corte, no final dos anos 30 e nos anos 40, adotou gradualmente a doutrina de Stone e começou a remodelar seu papel na direção de combater violações legislativas em face das liberdades individuais. Em importantes decisões sobre liberdade de expressão,¹¹⁰ religião,¹¹¹ discriminação social¹¹² e racial,¹¹³ garantias processuais penais,¹¹⁴ etc., e embora temperada pelas disputas internas entre a autorrestricção judicial e o ativismo judicial, a Corte Roosevelt afirmou uma postura relativamente assertiva diante de leis que violassem direitos fundamentais.

Por outro lado, não se pode ignorar que a Corte Roosevelt, na medida em que foi sendo desfeita no final dos anos 40, viveu momentos de conservadorismo. No auge do fervor anticomunista da metade do século XX, o grupo de juízes liberais e ativistas sofreu duas grandes baixas com as mortes dos *Justices* Murphy e Rutledge em 1949, sendo desfeito aquele que era até então considerado “o mais sólido bloco pró-liberdades civis da história da Suprema Corte”.¹¹⁵ Em seus lugares, foram nomeados pelo presidente Truman dois juízes conservadores, Tom Clark e Sherman Minton, que, juntos com Frankfurter, Jackson e Burton, formaram uma maioria pró-autocontenção judicial que duraria por alguns anos.

Porém, ao contrário da Corte *Lochner* e da *Old Court*, que foram ativistas contra posições progressistas do Governo e a favor de posições conservadoras, essa maioria liderada por Frankfurter acabou sendo neutralmente deferente às posições conservadoras do Governo e do Congresso. Tratava-se de uma autêntica postura de *autorrestricção judicial*, que Frankfurter justificava como meio de manter a legitimidade da Suprema Corte em uma democracia constitucional.¹¹⁶ Com essa filosofia de adjudicação constitucional e diante das medidas governamentais repressivas e antidemocráticas de acusação e perseguição a supostos comunistas (*McCarthy Era*), a Suprema Corte, em um ambiente social e político marcado pela presença da Guerra Fria e pelo temor da ascensão do comunismo, acabou capitulando ao Governo e permitindo nesses casos a violação de liberdades fundamentais, inclusive da liberdade de expressão da Primeira Emenda.

of Justice. Op. cit., p. 114.

¹¹⁰ *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 216 (1945).

¹¹¹ *Illinois ex rel. McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948).

¹¹² *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941).

¹¹³ *Missouri Ex. Rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938); *Sipuel v. University of Oklahoma*, 332 U.S. 631 (1948); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

¹¹⁴ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942). A mancha negra, claro, foi *Korematsu v. United States* (1945).

¹¹⁵ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice. Op. cit.*, p. 56.

¹¹⁶ HOEWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice, Op. cit.*, p. 22, disse que a Corte “parecia ter caído completamente sob a influência da filosofia de *judicial review* restritiva de Felix Frankfurter.”

Todavia, apesar de suas falhas durante a *McCarthy Era*, a *New Deal Court* merece ser mais bem lembrada por sua doutrina de justificação do controle mais rigoroso de leis que violassem direitos e liberdades civis, que discriminassem grupos minoritários e desfavorecidos (nota de rodapé nº 4 de *Carolene* e a *preferred freedoms doctrine*) e por sua incipiente jurisprudência liberal, que antecipou, ao menos em parte, o que, em pouco tempo, viria a ser o movimento de maior ativismo liberal da história da Suprema Corte: a *Warren Court Era*. Os ideais do *New Deal* formaram a base política e ideológica, a *doutrina de Stone*, a base teórica do ativismo judicial liberal da Corte Warren.

A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Mais do que a própria Corte Roosevelt, ela constitucionalizou o projeto político do *New Deal*. Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como um “documento vivo” (*living document*), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais. Orientada então pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte “como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário”.¹¹⁷ Essa dimensão de interpretação criativa da Constituição para afirmação de direitos fundamentais opostos ao Estado fez da Corte Warren única no sistema político norte-americano e para o debate moderno sobre o ativismo judicial.

Earl Warren assumiu o posto de *Chief Justice* da Suprema Corte em 1953 e parece que com o propósito determinado de revolucionar o direito constitucional estadunidense. Ele logo se juntou aos líderes liberais da Corte Roosevelt, paradigmas do ativismo judicial, Black e Douglas. Em 1956, o bloco liberal ganhou ainda a participação daquele que seria o autor intelectual de muitos dos principais votos da Corte, Willian Brennan.¹¹⁸ O ativismo judicial de Brennan era pautado em suas críticas ao que condenava ser um “despudorado endeusamento da vontade da maioria” e a “fé cega na democracia”.¹¹⁹

Apesar da formação desse importante bloco liberal e ativista, até o fim da década de 1950 e começo dos 1960 ainda predominava a discreta maioria conservadora e autorrestritiva liderada por Frankfurter. Como disse Mark Tushnet, a Corte Warren que entrou para a história como um “fenômeno cultural” não veio logo à existência com a entrada de Warren. A “Corte Warren” do imaginário popular, composta por

¹¹⁷ BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 180.

¹¹⁸ Em razão da importância de Brennan, há quem fale em *Brennan Court*, em substituição à *Warren Court*, cf. McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 150.

¹¹⁹ GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 19 (2), 1995, p. 293.

uma maioria liberal e ativista, que julgou inconstitucionais 16 leis federais e 113 leis estaduais, foi criada mesmo em 1962,¹²⁰ com a aposentadoria de Frankfurter e sua substituição por Arthur Goldberg.

Com a decisiva aposentadoria de Frankfurter,¹²¹ a Corte *se livrou* do mais fervoroso e notável defensor da autorrestrrição judicial, de modo que a então recém-formada maioria liberal estava à vontade para promover as transformações no direito constitucional que Warren tanto desejava. Arthur Goldberg compartilhava das mesmas ideias de Warren, Black, Douglas e Brennan e, assim, tornou-se o *quinto voto* (*the fifth vote*) definitivo para as decisões ativistas e liberais que marcaram a Era Warren.¹²² Essa situação não se modificou com a substituição de Goldberg por Abe Fortas em 1965 e foi ainda fortalecida com a chegada do advogado ativista em questões raciais, Thurgood Marshall. Apesar de *Brown* ter sido decidido em 1954, é a “Corte” formada entre 1962 e 1969 (ano de aposentadoria de Earl Warren) a *histórica Corte Warren ativista e liberal*.

Sob uma perspectiva quantitativa e adicionando alguns elementos qualitativos, Frank Cross e Stefanie Lindquist realizaram uma pesquisa empírica do comportamento decisório dos juízes da Suprema Corte entre os anos de 1953 e 2005, abrangendo as “Cortes” sob a presidência de Earl Warren, Warren Burger e William Rehnquist, com o propósito de “medir” o ativismo dos juízes individualmente considerados. No final, a pesquisa implicou um ranking que teve, nos cinco primeiros lugares, os principais juízes ativistas da Corte Warren: Douglas, Black, o próprio Warren, Brennan e Thurgood Marshall. Em último lugar, como juiz “menos ativista” dos últimos sessenta anos da história da Suprema Corte: Felix Frankfurter.¹²³ Esses números revelam uma faceta muito interessante – o avanço do ativismo judicial da Corte Warren pode ser também explicado por uma *união de esforços ativistas individuais*. O comportamento individual desses juízes ativistas contribuiu, sem dúvida, para a Corte Warren merecer o título de “arquétipo de ativismo judicial”.

Não obstante, isso não significa rebaixar de importância o posto ocupado pela política, no cenário norte-americano, como fator do ativismo judicial. Ainda que o ativismo judicial da Corte Warren possa passar a ideia de juízes como capazes por si só de produzir transformações sociais, deve-se manter em mente que esses juízes ativistas

¹²⁰ TUSHNET, Mark. The Warren Court as History: An Interpretation. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in Historical and Political Perspective*. Op. cit., p. 3/4-12; no mesmo sentido: POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 209 et seq; LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 25/26.

¹²¹ Destacando a aposentadoria de Frankfurter como fator do ativismo da Corte Warren, cf. BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press, 1978, p. 3/4; LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 26.

¹²² FISS, Owen. A Life Lived Twice. *The Yale Law Journal*, vol. 100 (5), 1991, p. 1.117; BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 192: “Ao tomar o lugar de Frankfurter, Goldberg desencadeou o ativismo da Corte”.

¹²³ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. *Measuring Judicial Activism*. Op. cit., p. 138. Para TUSHNET, Mark. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York: W.W. Norton, 2005, p. 17, Douglas era “the quintessential activist”.

não atuaram em um vácuo político ou social.¹²⁴ Era uma Corte liberal em um momento político de Governo e Congresso dominados por Democratas liberais, de forma que a direção ideológica da Corte estava conforme a coalizão política dominante.¹²⁵ Havia, portanto, uma base política abrangente de sustentação das principais decisões progressistas da Corte.¹²⁶ Estava ainda presente um amplo movimento social dirigido à promoção e à proteção de valores individuais e de igualdade,¹²⁷ fruto da indignação mundial às atrocidades cometidas pelos regimes nazifascistas em nome da odiosa ideia de “supremacia racial” e em face dos direitos humanos.

Portanto, havia todo um ambiente político e social favorável para que a maioria dos juízes da Corte Warren fosse ativista na extensão em que ela efetivamente foi. Por isso, é melhor dizer que um conjunto de variáveis serve para explicar *o que foi a Corte Warren* – fatores exógenos, políticos e sociais somaram-se à disposição ativista de juízes como Douglas, Black, Brennan, Thurgood Marshall e Warren para produzir ativismo judicial a favor do avanço de posições de justiça social e de liberdades fundamentais.

Reforça-se então uma premissa fundamental deste estudo – a pluralidade de fatores dinamizadores do ativismo judicial: a política, como exaustivamente dito, é de importância elevada para o avanço ou retrocesso do ativismo judicial; foi importante para a formação da Corte Warren, de seu fundo liberal e como apoio para suas principais decisões; no entanto, e sem que isso represente redução de sua importância, os fatores políticos podem dividir relevância operativa com outras variáveis em diferentes contextos. A ausência de um ambiente político favorável inevitavelmente conduz ao passivismo judicial, enquanto sua presença é um elemento facilitador dos mais poderosos para o incremento do ativismo judicial. Todavia, em diferentes situações, podem ocorrer de outros fatores – desenhos institucionais, elementos teórico-filosóficos e disposição ativista dos juízes em particular – igualmente

¹²⁴ FISS, Owen. A Life Lived Twice. *The Yale Law Journal*, vol. 100 (5), 1991, p. 1.118.

¹²⁵ Pautado em avaliações empíricas, ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2ª ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 157 *et seq.*, 420/423-431, defendeu que a Corte Warren foi “de limitada relevância para o progresso real dos direitos civis na América”. Para o autor, ausentes condições específicas, as cortes não têm capacidade de fazer triunfar direitos sobre a política. Elas seriam limitadas por constrições (a natureza limitada dos direitos constitucionais, a falta de independência judicial e de poder de implementação de medidas) que não lhe permitem “produzir significativa reforma social”, de forma que só conseguem ser efetivas se um movimento político estiver apoiando as mudanças judicialmente perseguidas. Mesmo a Corte Warren não teria avançado suas posições ativistas sem o amplo apoio político que efetivamente recebeu. Para Rosenberg, “no fim, não existe substituto para ação política.” A questão da dificuldade de implementação de medidas sem apoio político foi particularmente importante em *Brown v. Board of Education*, logo adiante examinada. Porém, como será defendido adiante, o caso *Brown* dá razão apenas parcial às afirmações feitas por Gerald Rosenberg.

¹²⁶ DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, vol. 6 (2), 1957, p. 293, anota que tentativas da Suprema Corte de promover políticas de abrangência nacional na “ausência de acordo substancial dentro da aliança” política dominante são “prováveis de provocar um desastre”. *Dred Scott* e as decisões iniciais contra o *New Deal* teriam sido provas disso.

¹²⁷ EPP, Charles R. *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: The Chicago University Press, 1998, p. 14/25, reconhece que o ativismo judicial da Corte Warren foi um elemento importante da “revolução de direitos” da época, porém, para ele, tal variável seria uma “explicação incompleta”, pois foi também indispensável, além da consciência social de direitos, a “estrutura de apoio à mobilização legal” em torno desses direitos, consistente de “organizações pró-direitos, advogados de defesa de direitos e fontes de financiamento, particularmente financiamento público”.

se destacarem e cumprirem um papel não só relevante, mas necessário.¹²⁸ Foi assim com a Corte Warren e suas decisões históricas.

A primeira grande decisão da Corte Warren – talvez, a mais importante da história da Suprema Corte¹²⁹ – data de 1954 foi, claro, *Brown v. Board of Education* – um caso de segregação racial no ensino público.¹³⁰ Na já citada *Plessy*, decidida em 1896, a Corte havia julgado constitucional lei da Louisiana que exigia das ferrovias acomodações “iguais” para brancos e negros, mas que deveriam ser acomodações “separadas”. Para a maioria conservadora da época, essa prática de segregação racial não violava a *equal protection* da XIV Emenda, na medida em que impunha igualmente para brancos e negros a separação. Tratava-se da doutrina *separate but equal* que, depois de meio século de odiosa segregação racial, viria, finalmente, a ser superada pela Corte Warren em *Brown*.

Foi por unanimidade que a Corte Warren julgou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas por violação da *equal protection clause*. Contudo, esse consenso dos *Justices* em torno de *Brown* não respondeu apenas a fatores endógenos. A decisão de pôr fim à segregação racial era cercada de dificuldades extrajurídicas e, conscientes dessa circunstância, da importância da decisão e das reações adversas que seguiriam, notadamente dos estados sulistas, os juízes trabalharam em torno dessa unanimidade como a única forma de prover “legitimidade suficiente para uma reversão de precedente constitucional tão grave e de tão amplas consequências”.¹³¹ A Corte sabia que uma decisão dividida fortaleceria seus opositores. Porém, mesmo essa estratégia não impediu que, no final, a Corte precisasse do poder político federal para tornar *Brown* uma realidade.

Na década de 50, quase todos os estados do Sul possuíam um amplo conjunto de regras legais impondo a segregação racial no campo da educação pública. Na prática, essa exigência legal resultava a perpetuação não só da discriminação racial contra os negros, mas também de um ensino público inferior para eles. As *escolas dos brancos* eram muito superiores às dos negros. Eram separadas e desiguais. A Suprema Corte vinha evitando enfrentar com definitividade o sistema de segregação racial desses estados, porém, a atmosfera de defesa dos direitos humanos pós-II Guerra impunha a revisitação do tema.

Brown foi proposta na Suprema Corte em 1952, ainda durante a atuação da Corte Vinson e de sua forte divisão – retratada por Schlesinger – entre “campeões do ativismo judicial” e “campeões da autorrestrrição judicial”. O primeiro grupo, liderado por Hugo Black, tinha o firme propósito de superar *Plessy* e opôr-se aos estados sulistas para colocar fim à sua política de segregação racial. Esses juízes sentiam-se

¹²⁸ BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 8 (1), 1983, p. 244: o autor distingue “condições necessárias e suficientes para o ativismo”, e diz que “forças externas são necessárias para fazer o ativismo possível”, mas nem sempre suficientes.

¹²⁹ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. *Op. cit.*, p. 15.

¹³⁰ 347 U.S. 483 (1954).

¹³¹ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. *Op. cit.*, p. 23/24.

autorizados pela XIV Emenda e sua cláusula da igual proteção das leis para decidir dessa forma. Mas no outro grupo, liderado por Frankfurter, ainda que a maioria fosse substancialmente contra a segregação racial, todos acreditavam que os estados deveriam decidir sobre a manutenção ou não da segregação imposta por suas leis racistas, não podendo a Suprema Corte, sob pena de “intolerável ativismo judicial”, interferir nessa escolha de natureza política. O julgamento foi, enfim, postergado, à espera de um momento propício para uma decisão que fosse unânime.¹³²

No fim de 1953, com Warren na presidência da Corte, *Brown* foi novamente arguido. O *Chief Justice*, com a habilidade que adquiriu em sua vida política, reuniu os juizes em torno do objetivo da decisão unânime em favor de superar a doutrina de segregação racial. Ele teve sucesso e ainda escreveu o voto para a Corte em maio de 1954. Nesse histórico voto, ficou assentado que a segregação racial produzia uma sociedade desigual, contrária ao propósito igualitário da XIV Emenda e, por isso, seria inconstitucional. Evitando questionar a correção de *Plessy* quando decidida, até para reduzir a “afrota” da decisão aos estados do Sul, Warren defendeu que mudanças históricas não permitiam mais falar-se em “neutralidade moral e social da segregação racial”, tal como consignado em *Plessy*. Para Warren, o fato era que a “segregação produz efeitos sociais e psicológicos verdadeiramente nocivos aos negros”.

Firme na ideia de *living Constitution*, a Corte Warren consagrou que, àquela altura dos acontecimentos sociais e políticos, a cláusula constitucional da *equal protection of laws* deveria ganhar uma nova interpretação no sentido de declarar qualquer política de segregação racial inconstitucional. Essa seria a única forma de proteger os valores constitucionais *da época*.¹³³ Contudo, como se esperava, os estados sulistas não concordaram com a Corte, muito ao contrário, eles promoveram uma intensa reação, chamada de “resistência em massa”, dirigida a impedir a implementação da decisão.¹³⁴ Esses estados acusaram a Corte Warren de praticar “ativismo judicial ilegítimo” – *Brown* teria sido uma decisão errada, um caso de “abuso de poder judicial” e exemplo de “corte federal legislando”. Essa “resistência” configurou o “mais poderoso desafio, desde a Guerra Civil, à própria legitimidade da Suprema Corte e ao Estado de direito.”¹³⁵ Para esses estados, toda e qualquer resistência contra *Brown* seria legítima – e eles não economizaram.¹³⁶

¹³² Sobre as “circunstâncias” de *Brown* antes da Corte Warren, cf. POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 21/25: o autor destaca o papel de Frankfurter nesse processo de postergação do julgamento – contra a segregação racial, mas com disposição para ser deferente à discricionariedade política dos estados, ele estaria, acima de tudo, “preocupado com o prestígio da Corte. De sua perspectiva, era essencial que qualquer decisão fosse unânime”, e essa unanimidade seria impossível na Corte Vinson.

¹³³ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge’s View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, p. 50: “Em decidir *Brown*, a Suprema Corte cumpriu seu papel mais fundamental em nossa democracia, aquele de guardião de nossa Constituição”.

¹³⁴ A “resistência” teve como ponto de partida principal o “Manifesto dos Estados do Sul” – um documento assinado por todos os senadores e congressistas dos onze estados segregacionistas, proclamando que *Brown* era “contrária à Constituição”.

¹³⁵ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 15.

¹³⁶ Sobre o conjunto de medidas legais e extralegis que compuseram a “resistência massiva”, cf. POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 57/74.

A Suprema Corte, em nova decisão,¹³⁷ delegou às cortes distritais a tarefa de implementar *Brown* e acabar com a segregação racial nas escolas. Porém, a “resistência massiva”, que incluía o uso de violência para a desobediência às decisões judiciais, estava tendo sucesso em impedir a atuação concreta do julgado. Juízes distritais temiam mesmo por suas vidas. O ponto máximo da resistência veio com o incidente na cidade de Little Rock, no estado segregacionista do Arkansas, no ano de 1957. O governador Orval Faubus utilizou a Guarda Nacional do estado para impedir que nove estudantes negros entrassem em uma escola secundária da cidade, antes exclusiva “de brancos”. Tornou-se então necessária a intervenção do Governo Federal.

O Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, enviou tropas do Exército para a cidade e, dessa maneira, assegurou a entrada dos estudantes negros na escola de Little Rock. Para Eisenhower, estava em jogo saber “se o direito federal ou estadual era supremo”, sendo então imperioso intervir em favor da execução da doutrina de *Brown* até “para manter a supremacia federal”.¹³⁸ Sem essa intervenção do Executivo federal, *Brown* enfrentaria um caminho muito mais longo e tortuoso para tornar-se uma realidade concreta.¹³⁹

Todo esse conjunto de dificuldades em implementar *Brown* colocou em dúvida a capacidade da Suprema Corte de ser um “paradigma de sucesso na estratégia de transformação social”. Para Gerald Rosenberg, a lição de *Brown* é que “apenas quando Congresso e o Poder Executivo atuaram em conjunto com as cortes, as mudanças ocorreram”, de forma que, “em termos de efeitos judiciais”, *Brown* é paradigma da visão de que “cortes são impotentes para produzir significativa reforma social”.¹⁴⁰ Essa conclusão de Rosenberg encerra exageros e subestima o potencial transformativo de decisões cruciais e desafiadoras em favor das liberdades fundamentais. Problemas com a implementação de decisões controvertidas não excluem a relevância social e política da função judicial. Ademais, Hamilton, há muito, já havia advertido que o Judiciário “não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa”.¹⁴¹ Mas isso apenas destaca, como afirmado anteriormente, a importância do alinhamento de forças políticas para o sucesso da execução de decisões judiciais cruciais, e não a irrelevância do papel das cortes que proferem essas decisões.

¹³⁷ A decisão ficou conhecida como *Brown II* – 349 US 294 (1955).

¹³⁸ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View. Op. cit.*, p. 58.

¹³⁹ Depois das tropas federais intervirem para assegurar a entrada dos estudantes negros, a Comissão Municipal de Educação de Little Rock pediu a postergação do processo de integração racial por trinta meses em razão da ainda contínua hostilidade do governo, do legislador e da comunidade do Arkansas. Em setembro de 1958, em *Cooper v. Aaron* (358 U.S. 1, 18 [1958]), o pedido de postergação de Little Rock chegou à Suprema Corte. A Corte negou inequivocamente a postergação. Seus juízes, por unanimidade e assinando individualmente o voto, afirmaram o “dever constitucional de obediência às suas decisões”. Citando *Marbury*, a Suprema Corte reclamou o princípio da *supremacia do judiciário* federal na interpretação da Constituição, de modo que “a interpretação da XIV Emenda enunciada por esta Corte no caso *Brown* é a *supreme law of the land*”. A afirmação de supremacia judicial de *Cooper* foi necessária diante do contexto de execução de *Brown*. Cf. BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View. Op. cit.*, p. 60/63.

¹⁴⁰ ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change? Op. cit.*, p. 70/71.

¹⁴¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista. 2ª ed.* Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005, p. 470.

É correto defender a importância da política para decisões como *Brown* e, ao mesmo tempo, recusar argumentos que desprezam o papel social de juizes e cortes. Como disse Morton Horwitz, não obstante suas dificuldades de execução, *Brown* cumpriu um papel fundamental e “serviu como um catalisador para o movimento dos direitos civis.”¹⁴² Ela foi uma decisão legítima sob o ponto de vista moral e constitucional, mas foi ativista no sentido de negar aos estados o poder de decisão sobre um tema crucial para suas respectivas sociedades e depois de mais de meio século de plena autonomia sob a doutrina do *separate but equal*. Como disse Lucas Powe Jr., “até então nenhuma corte havia ordenado que uma sociedade fosse refeita”.¹⁴³ Daí porque todas as dificuldades para sua implementação. O poder político foi então decisivo, mas atuou na sequência da Suprema Corte. Na verdade, política federal e Suprema Corte atuaram em conjunto em favor da igualdade entre brancos e negros.

Brown inaugurou a *Warren Era*, definiu muito bem o que viria a ser a jurisprudência constitucional da Corte em face da maioria governante, principalmente, na década seguinte e para a proteção das liberdades fundamentais e dos direitos de igualdade. Ela foi o marco do ativismo judicial liberal. Depois de *Brown*, a Corte Warren, em diferentes situações, expandiu direitos individuais e buscou tornar mais justo e igualitário o processo democrático norte-americano: primeiro ela atuou onde a Corte Roosevelt havia capitulado e impôs limitações às leis de “segurança nacional”, típicas da *McCarthy Era*;¹⁴⁴ depois, nos destacados *Reapportionment Cases*,¹⁴⁵ a Corte interveio, também pautada na *equal protection clause*, nas delimitações inadequadas dos distritos eleitorais e na distribuição desproporcional dos assentos legislativos federais, estaduais e locais (a ideia de “one person, one vote”), seguindo velha posição de Black e superando antigo voto vencedor de Frankfurter da não justiciabilidade da matéria pela doutrina das “questões políticas”.¹⁴⁶

Na hipercontrovertida *Griswold v. Connecticut*,¹⁴⁷ a Corte opôs ao legislador estadual um direito constitucional à privacidade para julgar inconstitucional lei que estabelecia a proibição do uso de contraceptivos por casais casados; em *Engel*, deixou clara a separação entre o Estado e a Igreja e julgou inconstitucional a imposição de *oração oficial* em escolas públicas, por violação à liberdade religiosa inerente a todos os cidadãos;¹⁴⁸ e ainda fortaleceu a liberdade de expressão e de imprensa, assim como o direito fundamental de todo cidadão poder criticar o governo, em decisões como *Sullivan*.¹⁴⁹

¹⁴² HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁴³ POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. *Op. cit.* p. 51.

¹⁴⁴ *Cole v. Young*, 351 U.S. 536 (1955); *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

¹⁴⁵ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

¹⁴⁶ Cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. *Op. cit.*, p. 160.

¹⁴⁷ 381 U.S. 479 (1965). Hipercontrovertida não em seu resultado, mas por sua doutrina de afirmação do direito constitucional e fundamental à privacidade. Essa doutrina seria depois utilizada pela Corte Burger para afirmar o direito ao aborto.

¹⁴⁸ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Scholl District of Abington v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

¹⁴⁹ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

As decisões da Corte Warren também reestruturam o federalismo norte-americano ao impor aos estados os limites substanciais das dez primeiras emendas da Constituição (*Bill of Rights*), mais uma vez adotando posição antiga de Black para superar doutrina restritiva de Frankfurter e revisitar o chamado *incorporation problem* no sentido de a XIV Emenda ter incorporado e oposto esses limites aos estados da Federação. Essa nova posição foi uma grande marca da Corte e teve profunda repercussão em suas decisões sobre matéria penal.

Em *Mapp v. Ohio*,¹⁵⁰ a Corte assegurou aos acusados de crimes a proibição do uso de provas ilícitas por autoridades estaduais; em *Gideon*, foi garantido aos acusados o direito constitucional à assistência de advogados;¹⁵¹ a Corte ainda constitucionalizou o direito à não autoincriminação,¹⁵² a processos e julgamentos céleres,¹⁵³ entre outras garantias penais contra os estados; em *Miranda v. Arizona*,¹⁵⁴ mais controvertido exemplo do ativismo judicial da Corte Warren no campo penal, foi julgada ilegítima a confissão obtida de acusado que não fosse previamente advertido pelas autoridades policiais estaduais sobre seus direitos a permanecer em silêncio e à assistência de um advogado. Muitas dessas decisões foram depois associadas pelo discurso Republicano conservador ao então aumento da criminalidade.¹⁵⁵

O conjunto de decisões da Corte Warren revela uma dimensão relevantíssima de ativismo judicial para seu debate contemporâneo, para o constitucionalismo moderno e para os propósitos deste estudo – a interpretação criativa e evolutiva de normas constitucionais vagas e indeterminadas, dotadas de alta carga valorativa, com o fim de avançar posições de liberdade fundamental e igualdade social. Com esse propósito, o trabalho jurisprudencial da Corte Warren somou importantes pontos para a validade normativa do ativismo judicial.

Por outro lado, sua jurisprudência ativista também fez com que a Corte Warren fosse acusada de usurpar o poder das instituições políticas e de decidir apenas orientada aos resultados favorecidos pelos intelectuais de esquerda e pela coalizão liberal que, na época, dominavam a política do país. A Corte, disseram os críticos, com seus juízes “profetas” e “herdeiros do *New Deal*”, teria promovido uma “anarquia constitucional”.¹⁵⁶ Segundo Robert Bork, a Corte Warren foi a “mais política e imperialista da história Americana”.¹⁵⁷ Chegaram então a hora e a vez de os conservadores reagirem ao ativismo judicial liberal. Era a vez da *contrarrevolução Republicana* e do *ativismo judicial conservador*.

¹⁵⁰ 367 U.S. 643 (1961).

¹⁵¹ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

¹⁵² *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

¹⁵³ *Klopper v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967).

¹⁵⁴ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹⁵⁵ POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 495/496.

¹⁵⁶ CARTER, John Denton. *The Warren Court and the Constitution. A Critical Vision of Judicial Activism*. Gretna: Pelican Publishing Company, 1973, p. 40-112-121.

¹⁵⁷ BORK, Robert. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Op. cit., p. 78/79.

4.3. A Contrarrevolução Republicana: Nixon, Reagan, Burger, Rehnquist, Scalia e o Ativismo Judicial Conservador

Earl Warren aposentou-se em 1969, todavia, muito da doutrina liberal e igualitária da Corte Warren superou esse tempo. O exemplo mais dramático foi *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte, em 1973 e presidida por Warren Burger (*Burger Court*), reconheceu o direito constitucional ao aborto com fundamento no *direito de privacidade* elaborado pela Corte Warren em *Griswold*.¹⁵⁸ Considerando a justificação de *Roe* em *Griswold*, torna-se compreensível porque Robert Bork chamou essa última decisão como a “construção de uma bomba-relógio constitucional”.¹⁵⁹

Sob essa perspectiva, Frederick Lewis disse que o ativismo judicial da Corte Warren pode ser considerado um sucesso, haja vista que as “realizações doutrinárias principais do período têm largamente sobrevivido e se tornado aceitas como uma parte integral da América moderna”.¹⁶⁰ Sem dúvida, muitas das decisões ativistas da Corte Warren, notadamente em matéria de igualdade formal e de direitos e liberdades civis, tornaram-se uma parte importante da cultura norte-americana. Contudo, o trabalho da Corte, de um modo geral, foi alvo de vigorosas críticas por parte da comunidade política conservadora.

Segundo os conservadores, em vez de seguirem o significado original da Constituição, os liberais da Corte teriam distorcido esses significados para impor seus valores morais e políticos e sua agenda liberal. Eles *leram* a Constituição de acordo com seus sentidos morais individuais, substituindo as intenções dos “pais fundadores” pelas próprias concepções sobre o bom e o adequado para a sociedade norte-americana. A Corte Warren teria criado poderes e direitos sem apoio na Constituição (*legislating from the bench*) e por isso a julgam como o “zênite da natureza política da Suprema Corte”.¹⁶¹

Em suma, para os conservadores, a Corte Warren foi imperialista, política, liberal e ativista demais. Superar os precedentes ativistas e liberais da Corte Warren tornou-se uma obsessão do Partido Republicano e de seus Presidentes mais conservadores, principalmente Richard Nixon e Ronald Reagan. Se a Corte Warren foi uma *revolução constitucional*, então era necessária uma *contrarrevolução constitucional* e a estratégia era de todo conhecida: a ação política do Presidente na formação da Suprema Corte. Os Republicanos povoariam a Corte com juizes conservadores que concordavam com a ideia de que a Corte Warren representou *tudo aquilo que a Suprema Corte não deve ser*. À medida que o Partido “gradualmente tornava-se mais ideologicamente homogêneo e conservador”,¹⁶² cresciam as condições favoráveis para o sucesso da estratégia. Bastava aos Presidentes *acertar a mão*.

¹⁵⁸ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵⁹ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990, p. 95-100.

¹⁶⁰ LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁶¹ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. *Op. cit.*, p. 348.

¹⁶² TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. *Op. cit.*, p. 110.

O projeto *contrarrevolucionário* conservador teve início com Richard Nixon (1969-1974), que, em suas campanhas presidenciais, condenou o ativismo judicial da Corte Warren e prometeu nomear juízes adeptos de uma “strict construction” da Constituição e de uma “filosofia de restrição judicial” – em suas palavras: “juízes que interpretam o direito e não tentam fazer o direito”.¹⁶³ O propósito substantivo principal de Nixon era o de superar os precedentes sobre as garantias dos acusados em procedimentos e processos criminais, haja vista o crescente clima de violência instaurado no país e que foi associado a decisões como *Mapp* e *Miranda*. Era sua defesa das “forças de paz” e da política *law and order*.

Nixon foi “presenteado” com as saídas de Warren, Fortas e Black e deu início, assim, à formação da Corte Burger e ao projeto de transformar a Suprema Corte. Para essas vagas, ele nomeou, respectivamente, Warren Burger (1969) para *Chief Justice*, Harry Blackmun (1970) e Lewis Powell Jr. (1972). Burger se mostraria conservador até sua saída, embora um líder muito menos persuasivo do que foi Warren. Porém, Blackmun logo revelaria fortes posições liberais, tendo inclusive escrito o voto de *Roe*, enquanto Powell Jr. foi apenas um juiz moderado. Dentro dos propósitos republicanos, o grande acerto de Nixon foi a nomeação que fez para a vaga de John Marshall Harlan: o ultraconservador William Rehnquist (1972).

O bloco liberal da Corte ainda perderia, em 1975, o “campeão do ativismo judicial”, William Douglas. O presidente Ford, que assumiu depois da renúncia de Nixon, porque estava pressionado por uma maioria Democrata no Senado, acabou nomeando um juiz apenas moderado, John Paul Stevens, que se revelaria um importante juiz liberal e que serviu na Corte até o ano 2010. Em 1981, foi feita a última nomeação para a Corte Burger, a da juíza Sandra Day O’Connor para a vaga do centrista Potter Stewart. Essa nomeação foi feita por Ronald Reagan já no início do seu primeiro mandato (1981-1985), cumprindo promessa que havia feito no sentido de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte. Em razão da postura liberal ou moderada que assumiram alguns desses juízes e também da permanência de Brennan e Marshall – liberais remanescentes da Corte Warren – Nixon não alcançou sucesso em formar uma base conservadora sólida na Corte. No máximo, ele conseguiu minimizar o avanço liberal da Suprema Corte ao aumentar a fragmentação ideológica de sua composição.

A Corte Burger, atuando em um cenário sociopolítico que se tornava progressivamente conservador, minimizou os precedentes liberais da Corte Warren em matéria de procedimentos criminais. Ela não superou, mas limitou o alcance de precedentes como as decisões sobre ilicitudes de provas,¹⁶⁴ as garantias estabelecidas em *Miranda*¹⁶⁵ e, embora tenha oscilado em relação à pena de morte, no final afirmou sua constitucionalidade.¹⁶⁶ Essas decisões frearam o avanço das decisões liberais da *Warren Era* em questões criminais, satisfazendo em alguma medida o propósito de *law and order* de Nixon.

¹⁶³ O’BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics. Op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁴ *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

¹⁶⁵ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

¹⁶⁶ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

Contudo, considerando o conjunto da obra da Corte Burger, é certo dizer que a *contrarrevolução constitucional* não ocorreu.¹⁶⁷ Com sua jurisprudência inconsistente,¹⁶⁸ a Corte Burger foi realmente menos liberal do que a Corte Warren – por exemplo, ela assumiu uma posição bastante conservadora face aos direitos dos homossexuais em *Bowers*,¹⁶⁹ julgando válida lei estadual que criminalizou o sexo oral e anal entre homossexuais. Não obstante, ela foi bem menos conservadora do que esperavam Nixon e os Republicanos e do que temiam os liberais. Para alguns autores, o comprometimento natural de juízes conservadores com a doutrina do *stare decisis*¹⁷⁰ foi um fator institucional decisivo para a Corte Burger não superar os precedentes liberais da *Warren Era* na extensão desejada pelos Republicanos.¹⁷¹ Em geral, a Corte Burger, para além de *Roe*, manteve e até avançou, em alguma medida, a doutrina liberal da Corte Warren em decisões sobre liberdade de expressão (publicidade comercial, financiamento de campanha eleitoral, etc),¹⁷² segregação racial,¹⁷³ discriminação de gênero¹⁷⁴ e ações afirmativas.¹⁷⁵

Por sua vez, o objetivo de Nixon, cantado em verso e prosa, de pôr fim ao ativismo judicial da Suprema Corte também não foi alcançado. A maioria dos juízes nomeados para a Corte Burger não adotou as posturas de “strict construction” e de restrição judicial que Nixon apontou como critérios de suas nomeações. Muito ao contrário, com alguma diferença de grau, os juízes da Corte Burger foram ativistas como haviam sido anteriormente os juízes da Corte Warren: reconheceram *status* constitucional a direitos não claramente previstos no texto constitucional e faltaram com deferência institucional ao legislador federal ou estadual.¹⁷⁶ *Roe* foi o mais destacado exemplo.

Contudo, há um ponto importante que diferencia o ativismo judicial das Cortes Warren e Burger. Diferente da Corte Warren, cujo ativismo tinha uma *cor ideológica*, o ativismo da Corte Burger foi *incolor*. Apesar de *Roe*, a Corte Burger não buscou avançar uma filosofia política específica, nem se dispôs a transformações sociais, mas praticou um ativismo pragmático, até mesmo contingente. Essa falta de direção ideológica

¹⁶⁷ BLASI, Vincent (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. New Haven: The Yale University Press, 1983.

¹⁶⁸ Prova de sua inconsistência é que, embora tenha reconhecido o direito constitucional ao aborto em *Roe*, julgou constitucional a recusa municipal de realizar aborto não terapêutico em hospitais públicos (*Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 [1977]) e a limitação de financiamento pelos estados de abortos não terapêuticos (*Beal v. Poe*, 432 U.S. 438 [1977]; *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 [1980]).

¹⁶⁹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹⁷⁰ *Stare decisis* (to stand by things decided) é a doutrina do precedente norte-americana, “pela qual é necessário para uma corte seguir decisões judiciais anteriores quando as mesmas questões são levantadas em litígio” (GARNER, Bryan A (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 8ª ed. St. Paul: West, 2004, p. 1.443).

¹⁷¹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 307.

¹⁷² *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980); *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

¹⁷³ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 US 1 (1971).

¹⁷⁴ *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975); *Thornburger v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

¹⁷⁵ *Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

¹⁷⁶ Como dito anteriormente, a Corte Burger foi autorrestritiva, ao menos, em seu respeito aos precedentes.

pode ter sido uma estratégia diante do ambiente sociopolítico ora em transformação como também pode ser explicada por fatores endógenos, ligados às falhas de Nixon na composição da Corte: a concentração de uma maioria moderada e persuasiva no *centro*, e não nos extremos do espectro ideológico da Corte; ou a liderança insuficiente de seu *Chief Justice* (Burger).¹⁷⁷

De qualquer modo, o ativismo judicial ideologicamente indefinido, ou, como disse Vicent Blasi, o *ativismo sem raízes* (*rootless activism*)¹⁷⁸ da Corte Burger, pareceu mais uma transição entre o ativismo liberal da Corte Warren e o ativismo conservador que estava por vir com as sucessivas Cortes Rehnquist e Roberts – não por coincidência, o sistema político e a sociedade também estavam em transição. A avaliação jurisprudencial dessas últimas “Cortes” revelará que a sequência da ação dos *contrarrevolucionários Republicanos* em face do ativismo liberal da Corte Warren não conduziu a uma postura de “strict construction” e de “filosofia de restrição judicial”, e sim a mais ativismo judicial, que apenas oscilou e gradualmente *mudou de lado... de novo!*

Assim como Nixon, Ronald Reagan (1981-1989) também condenou em suas campanhas presidenciais o ativismo judicial de “cortes e juízes que legislam” e prometeu nomear apenas juízes que adotassem uma “filosofia de restrição judicial”.¹⁷⁹ Além das decisões da Corte Warren, também as decisões da Corte Burger, que mantiveram ou mesmo avançaram algumas posições liberais de sua antecessora, principalmente *Roe*,¹⁸⁰ eram os alvos de Reagan. Os temas principais de sua agenda *contrarrevolucionária* eram a questão do aborto, a volta da oração oficial nas escolas e o fortalecimento dos estados. Reagan promoveu uma verdadeira *cruzada conservadora* contra o ativismo judicial liberal da Era Warren e apresentou o *originalismo* como sua ferramenta metodológica *contrarrevolucionária*.

Foi Edwin Meese III, advogado-geral de Reagan em seu segundo mandato e grande crítico da Corte Warren,¹⁸¹ que introduziu no discurso do Partido Republicano a ideia de uma “jurisprudência da intenção original” dos *founding fathers* – o originalismo – como única prática legítima de interpretação da Constituição, em oposição à jurisprudência da Corte Warren que via a Constituição como um *documento vivo* –

¹⁷⁷ GOLDSTEIN, Joel K. Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice. *Stetson Law Review*, vol. 40 (3), p. 736/737.

¹⁷⁸ BLASI, Vincent. The Rootless Activism of the Burger Court. In: _____. (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. *Op. cit.*, p. 198.

¹⁷⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007, p. 381.

¹⁸⁰ KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 161.

¹⁸¹ Cf. MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, vol. 61 (5), 1987, p. 979/990. Para o autor, a Corte Warren teve momentos de arrogância institucional, como em *Cooper v. Aaron*, onde os juízes por unanimidade afirmaram a *supremacia judicial* no sentido das decisões da Corte serem “the supreme law of the land” (358 U.S. 1, 18 [1958]). Contudo, como exposto no tópico anterior (nota de rodapé nº 164), tendo em vista que o pano de fundo do caso era a insistência de alguns estados em desrespeitar o decidido em *Brown* e em praticar a integração racial nas escolas, a Corte não teve alternativa senão afirmar sua *supremacia judicial* e o dever inafastável dos estados de seguir suas decisões como *lei superior*.

living constitution – cujos significados devem ser sensíveis às transformações sociais. Segundo Meese, os juízes devem ser “guiados pelo texto [da Constituição] e por seu sentido original”¹⁸² e, por isso, a Corte Warren teria atuado ilegítima e politicamente em se afastar dos significados originais do Texto Constitucional para “descobrir” direitos. Meese defendia que o originalismo é o único método de interpretar a Constituição que se mostra adequado para a Corte adotar uma postura legítima de autorrestrição judicial, separando objetivamente *Direito e Política*.

Havia algo também de estratégico na defesa de Meese em favor do originalismo: a possibilidade de superar o obstáculo do *stare decisis*, que teria impedido a Corte Burger de superar os precedentes liberais da Corte Warren. De acordo com Robert Bork, um dos pais do originalismo, “dizer que cortes anteriores permitiram, ou iniciaram, deformações da Constituição não é bastante para outorgar uma permissão para cortes do presente e do futuro a fazer a mesma coisa” e, por isso, sob a perspectiva do entendimento original da Constituição, será sempre possível superar precedentes como *Roe*, cujos resultados e princípios informadores são inaceitáveis pela comunidade política de qualquer época.¹⁸³ O originalismo tornaria a superação de precedentes errados compatível com a tarefa da Suprema Corte de preservar a Constituição. Com a “estratégia metodológica” do originalismo, Ronald Reagan buscaria uma Suprema Corte que pudesse, enfim, prevalecer onde a Corte Burger falhou.

Meese colocou “a transformação da Suprema Corte no topo de sua agenda” e propôs compô-la com verdadeiros conservadores e defensores da interpretação original da Constituição.¹⁸⁴ Como dito antes, em seu primeiro mandato, Reagan cumpriu a promessa que havia feito de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte e assim nomeou Sandra Day O’Connor (1981) que, ao longo de sua carreira na Corte (1981-2006), provou não ser uma conservadora de extrema direita, embora tenha, na maior parte das vezes, votado com os conservadores. No entanto, em seu segundo mandato (1985-1989), Reagan pôde seguir as perspectivas defendidas por Edwin Meese III e suas nomeações configuraram passos largos e firmes para a formação de uma jurisprudência mais conservadora da Suprema Corte.¹⁸⁵

O ex-presidente deu início à formação da controvertida Corte Rehnquist em 1986, com a saída de Warren Burger. Ele elevou Willian Rehnquist, o juiz mais conservador da Corte Burger, ao cargo de *Chief Justice* e nomeou para seu lugar como *Associate Justice* um dos preferidos de Meese, o católico ultraconservador Antonin Scalia, que logo se tornaria o líder intelectual do originalismo na Suprema Corte.¹⁸⁶ No ano seguinte, para a vaga de Powell Jr., Reagan falhou na nomeação do

¹⁸² MEESE III, Edwin. Toward a Jurisprudence of Original Intent. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 11 (1), 1988, p. 10.

¹⁸³ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., p. 155/158.

¹⁸⁴ TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Op. cit., p. 21/22.

¹⁸⁵ Em sentido contrário, dizendo que as nomeações de Nixon tiveram maior impacto, cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 217.

¹⁸⁶ Cf. SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (3), 1989, p. 849/865.

outro preferido de Meese, Robert Bork. Ultraconservador e defensor ferrenho do originalismo,¹⁸⁷ Bork enfrentou o Senado majoritariamente Democrata e sua nomeação não foi confirmada.¹⁸⁸ Então, Reagan nomeou o juiz conservador, embora não radical, Anthony Kennedy (1988), que foi aceito por unanimidade pelo Senado. Kennedy, conquanto mude às vezes de *lado ideológico* (*swing voter*), vota majoritariamente com a ala conservadora. Já Scalia é a quintessência do conservadorismo até os dias de hoje.

Mais tarde, os Republicanos, no governo do *primeiro* Bush (1989-1993), completaram a décima nomeação consecutiva, em pouco mais de vinte anos, graças às aposentadorias de Brennan e Marshall, últimos remanescentes do bloco liberal da Corte Warren. Bush, menos obcecado do que Nixon ou Reagan em dirigir a Corte para a extrema direita, nomeou, respectivamente, David Souter e Clarence Thomas. Souter aos poucos se mostrou um liberal moderado, ao passo que Thomas aproximasse muito de Scalia em conservadorismo. Com essas mudanças, a Suprema Corte passou a ter, *ao menos em tese*, uma maioria conservadora sólida (Rehnquist, White, O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas). Restava saber se, na prática, isso iria se confirmar e se, enfim, alcançariam a superação do ativismo judicial.

Barry Friedman identifica três “distintas personalidades” da Corte Rehnquist,¹⁸⁹ que variaram conforme alterações em sua composição. A “primeira Corte” (1986-1992), marcada por profundas transformações em sua composição, voltou-se mais para questões sociais. Com os *juízes do centro* preocupados em proteger a integridade institucional da Corte, a maioria tomou decisões moderadas sobre esses temas: ela não superou *Roe*, mas admitiu restrições ao direito de aborto (*Casey case*);¹⁹⁰ foi cautelosa em não eliminar a prática de ações afirmativas, entretanto sujeitou essas medidas a juízos mais rigorosos de constitucionalidade;¹⁹¹ mas manteve a inconstitucionalidade da imposição de oração oficial nas escolas públicas.¹⁹²

Depois de decidir *Casey*, a Corte Rehnquist entrou em uma fase muito mais conservadora. A “segunda Corte Rehnquist” (1993-2002) foi a da jurisprudência do “Novo Federalismo”: avançando programas lançados pela *cruzada conservadora* de Reagan e pautada na interpretação original da Constituição (originalismo), ela aumentou o poder dos estados em detrimento do Congresso Nacional e do próprio Judiciário Federal. Durante esse período, com uma frequência única na história da Suprema Corte, a Corte Rehnquist julgou dezenas de leis federais inconstitucionais, todas oriundas de um Congresso majoritariamente Democrata. Em uma série de decisões muito impactantes, iniciada por *Lopez*,¹⁹³ a Suprema Corte superou uma

¹⁸⁷ BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*. vol. 47 (1), p. 1/35. *Idem*, *The Tempting of America. The political seduction of the law*. *Op. cit.*, p. 167 et seq.

¹⁸⁸ Sobre o fracasso da nomeação de Robert Bork, cf. O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. *Op. cit.*, p. 74/77.

¹⁸⁹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. *Op. cit.*, p. 324/343.

¹⁹⁰ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁹¹ *City of Richmond v. J.A. Croson*, 488 U.S. 469 (1989).

¹⁹² *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

¹⁹³ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

concepção de federalismo consolidada desde o triunfo do *New Deal* e impôs sérios limites aos poderes do Congresso em face dos estados sob a *Commerce Clause*. Nesse mesmo sentido, a Corte ainda assegurou a “imunidade soberana” dos estados em vista de leis federais que os sujeitassem a processos judiciais.¹⁹⁴

Bush v. Gore foi a grande marca desse período. Em uma das decisões mais controvertidas de sua história e por meio de uma divisão de votos que espelhou não só sua divisão ideológica, mas sobretudo partidária, a Suprema Corte, pautada na *equal protection clause* da XIV Emenda, definiu por 5 a 4 os rumos da eleição presidencial de 2000, assegurando a George W. Bush a vitória. Essa decisão retratou bem como a maioria da Suprema Corte, naquele momento, havia avançado no sentido dos propósitos do Partido Republicano e das forças políticas conservadoras do país.¹⁹⁵ E isso apesar dos oito anos seguidos de governo democrata por Bill Clinton. A agenda da Suprema Corte era, afinal, predominantemente conservadora... outra vez, ainda que não tenha retrocedido inteiramente os avanços liberais de períodos anteriores.

O professor Friedman fez um diagnóstico interessante desse período, no sentido de que liberais e conservadores teriam voltado “para seus papéis de, respectivamente, desafiadores e defensores da Corte”.¹⁹⁶ Era a volta do pêndulo. Todavia, surpreendentemente, a Corte Rehnquist entrou em uma terceira e última fase marcada pela suavização de sua jurisprudência conservadora, por posições mais liberais e igualitárias e de enfrentamento à obsessão de poder supremo do Governo Bush. Em decisões marcantes, ela impôs limites às medidas antiliberais do governo em sua *Guerra ao Terror*,¹⁹⁷ assegurou direitos de privacidade aos homossexuais em *Lawrence*,¹⁹⁸ superando assim o precedente odioso da Corte Burger em *Bowers*, e ainda defendeu a procedência de medidas afirmativas raciais.¹⁹⁹

Em uma análise geral, Barry Friedman diz que a Corte Rehnquist recebeu críticas tanto de liberais como de conservadores.²⁰⁰ É verdade que a Corte não cumpriu inteiramente a agenda conservadora *contrarrevolucionária* até porque não satisfizou sua principal obsessão: superar *Roe*; tomou decisões sobre direitos dos homossexuais que deixaram os conservadores furiosos e que muitas de suas decisões foram tomadas

¹⁹⁴ *Semiole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999).

¹⁹⁵ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Cf. DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. New York: New Press, 2002. Nas eleições presidenciais de 2000, houve um impasse na contagem de votos do Estado da Flórida, haja vista a primeira apuração ter apontado para uma vitória do candidato Republicano, George W. Bush, por uma margem menor que 0,5%, sobre o candidato Democrata, Al Gore. Essa margem ínfima, segundo a legislação estadual, autoriza a recontagem manual dos votos se requerida. Al Gore pediu essa recontagem nos municípios que normalmente votavam com os Democratas e à medida que a recontagem ocorria, a margem de vitória de Bush era ainda mais reduzida, com tendência ao final de ser revertida. O problema era que o prazo legal de anúncio do resultado iria expirar. A Suprema Corte da Flórida autorizou que esse prazo fosse estendido – e foi acusada por muitos de praticar ativismo judicial – mas a Suprema Corte suspendeu a decisão da Corte estadual, paralisando a recontagem. Com essa medida, a Suprema Corte decretou em definitivo a vitória de Bush – e foi acusada por muitos mais de praticar ativismo judicial.

¹⁹⁶ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 337. Ele está se referindo ao período pré-*New Deal*.

¹⁹⁷ *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld* 542 US 507 (2004).

¹⁹⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁹⁹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

²⁰⁰ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 323.

pela maioria apertada de 5 a 4, dependendo dos *swing votes* de O'Connor ou Kennedy, mostrando que o bloco conservador não foi tão sólido assim.²⁰¹ Porém, é inegável que, com o conjunto jurisprudencial da Corte Rehnquist, a Constituição ganhou muito mais a direção conservadora perseguida pelo Partido Republicano do que comparado às decisões da Corte Burger. Desse modo, o tom crítico dominante não pode ser considerado equilibrado – foi a esquerda liberal, sem dúvida, a mais forte opositora à jurisprudência da Corte Rehnquist.

No entanto, as críticas dos autores liberais não apresentaram conteúdo nem sentido uniformes. Um grupo desses autores – como Ronald Dworkin, Laurence Tribe e Owen Fiss – condenou a jurisprudência da Corte Rehnquist por sua direção conservadora, mas manteve o entendimento favorável sobre o papel relevante da Suprema Corte como intérprete da Constituição no sistema político-democrático norte-americano.²⁰² A crítica era aos resultados concretos, não ao espaço de atuação político-institucional da Corte.

De outro modo, outro grupo de autores – como Mark Tushnet, Larry Kramer e Cass Sunstein – dirigiu críticas, em diferentes graus, não apenas à orientação conservadora das decisões, mas também ao ativismo judicial como filosofia de adjudicação. Esse grupo propôs restringir e até mesmo eliminar o espaço de interpretação constitucional da Suprema Corte. Contudo, é de se questionar se suas críticas teriam esse mesmo tom caso as decisões estivessem, ao contrário, avançando propósitos liberais.²⁰³ Ou seja, é possível que a reação desses autores liberais à postura adjudicatória da Suprema Corte tenha sido apenas contingente aos seus pontos de vista políticos e morais, de modo que a oposição ao ativismo judicial, na realidade, não fora conduzida “em termos de seus benefícios e custos no abstrato, mas em termos de seu conteúdo ideológico”.²⁰⁴ Atitudinais ou não, eram os liberais – novamente – que estavam exigindo autorrestrrição judicial.

Entre os ataques mais radicais à Suprema Corte, feita por esses “acadêmicos liberais”,²⁰⁵ destacaram-se os de Mark Tushnet. Diante das ameaças às conquistas liberais da Era Warren, o professor de Harvard propôs uma emenda constitucional que retirasse das cortes o poder da *judicial review*, de modo que o direito constitucional saísse das mãos de advogados e juízes e ficasse apenas “nas mãos do *people themselves*”.²⁰⁶ É a ideia de “constitucionalismo popular”. Larry Kramer também

²⁰¹ Cf. RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary*, vol. 24 (1), 2007, p. 55.

²⁰² Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; *Idem. Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006; TRIBE, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 21 *et seq*; *Idem. The Invisible Constitution. Op. cit.*; FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 452/467; *Idem. The History of an Idea. Fordham Law Review*, vol. 78 (3), 2009, p. 1.273/1.280.

²⁰³ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People. Op. cit.*, p. 343.

²⁰⁴ BAUM, Lawrence. *American Courts. Process and Policy*. 6ª ed. Boston: Wadsworth, 2008, p. 291.

²⁰⁵ FRIEDMAN, Barry. The Birth of an American Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty. Part V. *Yale Law Journal*, vol. 112 (2), 2002, p. 155.

²⁰⁶ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press,

defendeu a ideia de que o povo deve ser o titular de fato da palavra final sobre os significados constitucionais, e não as cortes. Contudo, ele não pediu o fim da *judicial review*, apenas da prática de *supremacia judicial* ou mesmo de *exclusividade judicial* – a condição da Suprema Corte como titular da *palavra final* ou mesmo da única palavra sobre o que significa a Constituição.²⁰⁷

Kramer acusou a Corte Rehnquist de rejeitar a noção de constitucionalismo popular e de se afirmar “o único órgão com poderes de interpretar a lei fundamental com autoridade”. Para o autor, a jurisprudência da Suprema Corte pós-*New Deal*, inclusive da Corte Warren, harmonizou supremacia judicial e constitucionalismo popular, haja vista ter protegido direitos individuais e das minorias sem que deixasse de ter atenção ao papel e ao espaço dos poderes políticos. O ativismo judicial da Corte Warren teria “preservado o espaço reservado ao constitucionalismo popular ao tempo do *New Deal*”. Ao contrário, a Corte Rehnquist se colocou como o “rei do pedaço” – seu ativismo “explicitamente deneg[ou] ao povo *qualquer* papel na determinação do progressivo significado de sua constituição” e, por isso, deve ser julgado como o exemplo mais perverso de *soberania judicial*.²⁰⁸

E com certeza, *Bush v. Gore* é o exemplo mais apontado dessa perversidade.²⁰⁹ O uso da *equal protection clause* da XIV Emenda para justificar a “infame decisão” é tido como um forte indício de que as posições assumidas pelos conservadores da Corte podem resultar mais de seus comprometimentos com a visão da política norte-americana pós-1968 (a partir de Nixon) que com o sentido de fidelidade ao entendimento original do texto constitucional.²¹⁰ Cass Sunstein disse que “*Bush v. Gore* pode bem ser tida como um símbolo da tendência da Corte na direção do ativismo judicial de direita, e certamente ela merece ser.”²¹¹

Para Sunstein, os Presidentes Republicanos nomearam “radicais de toga” – juízes fundamentalistas, sem qualquer interesse em restrição judicial, mas com disposição de anular os atos do Congresso e dos governos estaduais para prevalecer a plataforma Republicana; ainda que não tenham feito tudo que os “extremistas desejavam”, a Corte Rehnquist praticou um “ativismo sem paralelo na história da nação” ao declarar inconstitucionais diversas leis federais entre 1985 e 2005. E por conta da agressividade com que esses juízes incorporaram na Constituição as plataformas

1999, p. 175-182; a emenda: “The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court.” Cf., principalmente, TUSHNET, Mark. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. Op. cit.

²⁰⁷ KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Op. cit.

²⁰⁸ KRAMER, Larry. *We The Court*. *Harvard Law Review*, vol. 115 (1), 2001, p. 128/130.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. Introduction. In: _____. (Ed.) *A Badly Flawed Election*. Op. cit., p. 64: o autor acusou a maioria conservadora da Corte Rehnquist, em *Bush v. Gore*, de intervir no processo democrático não como uma “questão de princípio constitucional”, mas sim como reflexo de um “autointeresse profissional”.

²¹⁰ Alguns autores destacam que, apesar de todo o potencial crítico da decisão, a Corte não sofreu qualquer abalo em seu prestígio institucional; cf. FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 323/324; SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. New Haven: Yale University Press, 2001, p. 3.

²¹¹ SUNSTEIN, Cass. *Lawless Order and Hot Cases*. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. Op. cit., p. 104.

partidárias que defendiam os políticos que os nomearam, para Sunstein, a defesa da “strict construction” deve ser considerada, no mínimo, obscura.²¹²

Não se pode mesmo negar que “strict construction” e “restrição judicial” não fizeram parte do universo prático da Corte Rehnquist. O originalismo não passou de uma roupagem jurídica para o propósito de transformação da Constituição na direção do conservadorismo, sendo, portanto, também mais *Política* do que *Direito*. Nas palavras de Post e Siegel, os originalistas da Corte Rehnquist “reinterpreta[ram] o passado em ordem a servir aos fins conservadores”, sendo o originalismo então a “‘living constitution’ da direita”.²¹³ O originalismo foi (e é) uma prática política *fora e dentro* da Corte – retórica dos políticos Republicanos para angariar apoio popular para seus projetos de transformação constitucional e justificar suas nomeações para as cortes federais; e ferramenta discursiva dos juízes conservadores para reescrever o direito constitucional na direção de suas agendas.

A prática do originalismo tem sido qualquer coisa, menos restrição judicial. Em diversas áreas, a ideologia liberal foi substituída por posições mais moderadas ou conservadoras pela Corte Rehnquist, mas o ativismo judicial foi sempre instrumental a esse processo, tendo apenas mudado de lado – não mais liberal, e sim conservador, porém, ainda assim, ativismo judicial. É nesse sentido que Erwin Chemerinsky denuncia a “hipocrisia da retórica conservadora sobre restrição judicial”: “conservadores são igualmente dispostos a ser ativistas (...) quando isso servir a sua agenda ideológica”.²¹⁴ Esse é o tom honesto do debate.

O contra-ataque republicano, por meio das Cortes Burger e Rehnquist, ao ativismo judicial da Corte Warren, reforça a afirmação do papel influente que a política pode cumprir na direção das decisões ativistas. Ademais, mostra também uma *fina ironia* – os Republicanos fortaleceram a Suprema Corte para superar as doutrinas da Corte Warren, já que não poderiam fazê-lo pelo processo de emenda constitucional; mas essa estratégia produziu ativismo judicial das *novas Cortes* e uma tensão com a própria defesa da restrição judicial feita pelo Partido. Mas isso não foi o problema! “Strict construction”, “restrição judicial” e leitura original da Constituição, na verdade, visaram apenas encobrir o verdadeiro propósito da plataforma Republicana: avançar seus fins substantivos conservadores contra os valores liberais da Era Warren. Não foi restrição judicial, mas sim, *ativismo v. ativismo*.²¹⁵ Essa é a lição.

5. O Momento Atual do Debate: de Volta a *Lochner Era*?

Com a morte de Rehnquist (2005) e a aposentadoria de O’Connor (2006), o segundo Bush pôde dar início a uma “nova Corte”. Repetindo seus antecessores

²¹² SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. Op. cit., 2005, p. 12/17.

²¹³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution. *Fordham Law Review*, vol. 75 (2), 2006, p. 566.

²¹⁴ CHERMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010, p. 250.

²¹⁵ DORF, Michael C. *No Litmus Test: Law versus Politics in the Twenty-First Century*. Op. cit., p. 5: em tom jocoso, “(...) o ativismo judicial está morto; longa vida ao ativismo judicial”.

Republicanos, Bush dizia acreditar em “strict constructionists”, em juízes “que não legislam da Corte” e “que não usam o cargo para escrever política social”, mas que apenas “interpretam estritamente a Constituição”. Ele declarou que o originalista Antonin Scalia era seu juiz preferido, mostrando todo seu “afeto” pelo originalismo e que, quando exigia “interpretação estrita da Constituição”, queria mesmo dizer “aplicação de seus significados originais”.²¹⁶

Com o propósito de mover a Suprema Corte para a extrema direita, Bush nomeou John Roberts para *Chief Justice* e Samuel Alito para a vaga de O’Connor. Ele não cometeu o mesmo erro de seu antecessor, Bill Clinton, que nomeou “liberais”, somente moderados (Ruth Ginsburg e Stephen Breyer).²¹⁷ Os escolhidos de Bush são extremistas – Roberts é tão conservador quanto Rehnquist; Alito, diferente de O’Connor, invariavelmente conservador. No Senado Federal, eles defenderam a restrição judicial – Roberts utilizou a analogia do árbitro de beisebol (*umpire*): “Juízes são como árbitros de beisebol. Árbitros não fazem as regras; eles as aplicam”; Alito disse que o juiz deve “ser verdadeiro aos princípios expressos na Constituição, e não aos seus próprios princípios”.²¹⁸ Essa retórica de “juízes legalistas”²¹⁹ convenceu bem o Senado e suas nomeações foram aprovadas sem acidentes.

Roberts e Alito juntaram-se a Scalia e a Thomas e formaram o que Ronald Dworkin chamou de “indestrutível falange” de ultradireita, que seria guiada “por fidelidade partidária, cultural e, talvez, religiosa”, “inclinada a refazer o direito constitucional”. Para Dworkin, “Alito, Roberts, Scalia, e Thomas são juízes com uma missão”:

Destruir as importantes normas constitucionais que uma longa série de juízes anteriores construiu e modelou nas décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, e substituí-las por princípios mal elaborados que dificultam ou mesmo eliminam o direito ao aborto, proíbem qualquer uso de políticas de consciência racial para atenuar injustiças raciais, bloqueiam qualquer tentativa de reduzir o poder econômico no processo político norte-americano e permitem ao Poder Executivo poderes quase ditatoriais na chamada “guerra” contra o terror.²²⁰

Nas questões mais relevantes e controvertidas, o voto decisivo tem sido de Anthony Kennedy. Na Corte Rehnquist, ele dividia com O’Connor o papel de *swing*

²¹⁶ TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 302/303.

²¹⁷ SUNSTEIN, Cass. *Lawless Order and Hot Cases*. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. *Op. cit.*, p. 77: sobre a composição da Corte que julgou *Bush v. Gore*, que decidiu a sucessão de Bill Clinton – “Existem moderados, mas nenhum liberal, na Suprema Corte dos Estados Unidos”.

²¹⁸ PETTYS, Todd E. *Judicial Discretion in Constitutional Cases*. *Journal of Law & Politics*, vol. 26 (2), p. 133/134.

²¹⁹ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. *Op. cit.*, p. 78.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx. The Court’s New Right-Wing Bloc*. New York: New York Review Books, 2008, p. xii-45/47.

voter, mas na Corte Roberts tem sido o quinto e decisivo voto, a ponto de alguns autores falarem em “Anthony Kennedy Court”.²²¹ Kennedy tem na maior parte das vezes favorecido posições conservadoras e, desse modo, ainda em seu sexto ano, a Corte Roberts tem sido apontada por alguns como a mais conservadora desde a *Old Court* dos anos 30:²²² ela limitou ainda mais as garantias dos acusados de crimes;²²³ restringiu a liberdade de expressão de setores fragilizados;²²⁴ inovou na interpretação da Segunda Emenda para impedir o governo federal (*Heller*)²²⁵ e os estados (*McDonald*)²²⁶ de proibir a posse de armas; reduziu o alcance de ações afirmativas raciais²²⁷ e permitiu restrições à prática de aborto.²²⁸ Contudo, diferente do que consta na “profecia” de Dworkin, a Corte não deu apoio à “guerra contra o terror” de Bush.²²⁹

Mas nenhuma outra decisão tem suscitado mais questionamentos do que *Citizens United v. Federal Election Commission*.²³⁰ Seguindo o voto de Kennedy, a Corte abandonou a leitura restritiva da liberdade de expressão, que havia feito em detrimento de setores menos privilegiados, e ampliou seu escopo para assegurar às empresas e aos sindicatos “um direito constitucional a utilizar seu poder econômico para participar de campanhas políticas e influenciar o resultado do voto popular sem qualquer regulação pública significativa”.²³¹ Essas pessoas jurídicas seriam titulares, na mesma medida que as pessoas naturais, do direito à liberdade de expressão da Primeira Emenda e isso inclui a possibilidade de gastarem recursos ilimitados no financiamento de campanhas eleitorais sem que o Congresso pudesse restringir esse direito nem mesmo em favor da equidade do processo democrático-eleitoral.

Citizens United é acusada de ter sido um exercício flagrante e ilegítimo de ativismo judicial. Superando antigo precedente (*Austin*)²³² e faltando com deferência ao Congresso em matéria de alta voltagem política, a Corte Roberts aplicou um direito não previsto na Constituição, construindo-o por meio de uma interpretação bastante ampliativa da Primeira Emenda. Em constitucionalizar o direito de ampla participação das grandes corporações econômicas e dos sindicatos no financiamento de eleições como exercício de liberdade de expressão, a Corte excluiu do Congresso o poder de regular o processo eleitoral e de prevenir sua corrupção, mudando as regras do jogo e interferindo nos resultados das eleições.

²²¹ Cf. CHERMERINSKY, Erwin. The Roberts Court and Freedom of Speech. *Federal Communications Law Journal*, vol. 63 (3), 2011, p. 580: “When it matters most, it is the Anthony Kennedy Court”.

²²² CHERMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. *Wayne Law Review*, vol. 54 (3), 2008, p. 948.

²²³ *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163 (2006); *Hudson v. Michigan*, 547 US 586 (2006).

²²⁴ *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006); *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007); *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. ____ (2010).

²²⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

²²⁶ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. ____ (2010).

²²⁷ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n° 1*, 551 U.S. 701 (2007).

²²⁸ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

²²⁹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

²³⁰ 558 U.S. ____ (2010). Essa decisão foi reafirmada em 567 U.S. ____ (2012), decidida em 25/06/2012.

²³¹ MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. Conservative Activist Judges Endanger America. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) **Judicial Activism**. Detroit: Greenhaven Press, 2012, p. 27.

²³² *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 692 (1990). No mesmo sentido: *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003).

O *Chief Justice* Roberts defendeu veementemente a decisão. Em sua *concurring opinion*,²³³ Roberts afirmou que o “texto e propósito da Primeira Emenda apontam (...) na direção de o Congresso não poder proibir a liberdade de expressão em matéria política, mesmo no caso de uma empresa ou sindicato”. Para ele, a única dificuldade do caso seria saber se a Suprema Corte poderia superar seu precedente em *Austin*. Ele preocupou-se então em explicar a não implicação no caso dos “princípios da restrição judicial e *stare decisis*”, e assim justificar o porquê de ser legítima a superação desse precedente.

Contestando a acusação da minoria vencida (voto do *Justice Stevens*) no sentido de a maioria conservadora “não ser séria sobre restrição judicial”, Roberts disse ser necessário diferenciar “entre restrição judicial e abdicação judicial”. Em suas palavras, “apesar de a fidelidade ao precedente [ser] vital ao próprio exercício da função judicial”, a Suprema Corte “deve ponderar a importância de se ter questões *decididas* com a importância de se ter *decisões corretas*.” “*Stare decisis* não é um fim em si mesmo”, de modo que, se a “fidelidade ao precedente estiver fazendo mais mal do que bem ao ideal de *rule of law*”, então será o momento de superar esse precedente. Para Roberts, esse era o momento de *Austin*: “[a] aderência continuada a *Austin* ameaça subverter o desenvolvimento ‘principlológico e inteligível’ de nossa jurisprudência da Primeira Emenda”. Com esse raciocínio, o *Chief Justice* deixou claro que o comprometimento com a restrição judicial é relativo, o que significa que o “árbitro” não é tão neutro quanto disse e pode sim mudar as regras do jogo.

Decisões como *Citizens United* provam que analogias como a do “árbitro de beisebol”, assim como os apelos à “strict construction” e ao originalismo, entre outros instrumentos retóricos Republicanos, não passam mesmo de discursos enganosos dirigidos para mascarar o que realmente ocorre nesses casos: ativismo judicial. Roberts e Alito, assim como Scalia, Thomas, Kennedy e alguns outros nomeados pelos ex-presidentes Republicanos, não são e não têm sido juízes que pura e neutralmente aplicam os *significados originais da Constituição*. Ao contrário, eles criam regras e princípios próprios de forma assertiva e expansiva para assegurar a prevalência do resultado que acham o mais adequado.

Tem sido comum também a acusação da jurisprudência da Corte Roberts, assim como no passado havia sido a Corte *Lochner*, ser parcial às corporações econômicas e à desregulação do mercado. Diferentes decisões favorecem essa acusação²³⁴ e *Citizens United* tem sido apontada como o melhor exemplo.²³⁵ Com efeito, além de *Citizens*, também *Heller* e *McDonald* têm dado uma impressão de *déjà vu*: a falta de deferência ao legislador em favor dos economicamente poderosos. Tem-se assistido a uma renovação da hostilidade da Suprema Corte em relação a leis que regulam a

²³³ Disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>. Acesso em: 07/02/2012.

²³⁴ Além das citadas *Heller* e *McDonald*, cf. *Philip Morris USA v. Williams*, 549 US 346 (2007); *Exxon Shipping Company v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008); *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

²³⁵ Na realidade, *Citizens* pode ser vista como uma decisão voltada aos interesses eleitorais principalmente do Partido Republicano porque, historicamente, esse é o partido que mais arrecada recursos das grandes empresas e corporações econômicas para suas campanhas eleitorais. Sua linha ideológica mais favorável ao liberalismo econômico, comparado à do Partido Democrata, o aproxima mais das forças econômicas do país.

economia ou procuram limitar a influência do poder econômico e isso vem ocorrendo em detrimento dos consumidores, dos trabalhadores e da equidade do processo político-eleitoral.

A maioria da Corte Roberts tem sido denunciada não só como a mais conservadora, mas também a mais pró-empresas e antirregulatória desde a *Old Court*, que nos anos 30 desafiou o *New Deal* de Roosevelt.²³⁶ Os críticos acusam que a Corte Roberts tem construído sua agenda com demandas predominantemente de empresas e de importantes corporações, diferente da Corte Warren que privilegiava demandas envolvendo direitos individuais e da Corte Rehnquist que julgava mais processos sobre os poderes dos estados. Haveria uma clara estratégia da Corte para favorecer esse segmento privilegiado da sociedade.

Já se fala então de um *ativismo judicial libertário* travestido de originalismo ou de textualismo, da volta à *Gilded Age* e ao *laissez faire*. A Corte Roberts seria a “réplica do século XXI das cortes da era *Lochner*”. Contudo, em vez da XIV Emenda, da dimensão substancial do devido processo legal e da liberdade de contrato que marcaram o ativismo judicial conservador daquela época, a arma da Corte Roberts é a Primeira Emenda e a liberdade de expressão – é a defesa do *laissez faire* na *Era da Informação*.²³⁷

Comparando *Lochner* e *Citizens United* sob a perspectiva metodológica predominante na Corte Roberts – o originalismo – é possível dizer que *Citizens* é ainda mais distante do sentido original da Constituição do que foi *Lochner*. É mais sustentável que os *founding fathers* pensassem em um direito individual “natural” de contratar livremente nos sécs. XVIII e XIX e que isso tenha sido incorporado à Constituição e às suas emendas do que em um direito constitucional originário das corporações econômicas à liberdade de expressão e que isso ainda implique o direito dessas pessoas jurídicas à livre influência econômica sobre os processos político-eleitorais da época.²³⁸ Seguindo a linha metodológica originalista dos recentes Presidentes Republicanos, da Corte Rehnquist e da própria Corte Roberts, parece que *Citizens United* foi ainda mais ativista do que *Lochner*.

Essa perspectiva *lochneriana* da Corte Roberts permite dizer da renovação de um embate histórico: de um lado, um Presidente Democrata, Barak Obama, inclinado a políticas públicas de transformação e inclusão social; de outro, uma Corte dominada por uma maioria de juízes conservadora e nomeada por Presidentes Republicanos. Obama enfrenta desafio similar ao que Roosevelt superou em face da *Old Court* – ver suas principais políticas públicas julgadas por uma maioria da Suprema Corte ideologicamente oposta às mesmas. Isso se tornou especialmente problemático em face da ameaça de a Suprema Corte julgar inconstitucional a principal conquista

²³⁶ CHEMERINSKY, Erwin. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 44 (3), 2011, p. 865.

²³⁷ PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America. *Democracy. A Journal of Ideas*, vol. 23, Inverno de 2012, p. 47/48. Disponível em <http://democracyjournal.org/>. Acesso em: 12/01/2012.

²³⁸ Em sentido contrário, defendendo que o significado original da Primeira Emenda previa a liberdade de expressão das empresas como “liberdade de expressão em associação com outros indivíduos, incluindo associação sob a forma empresarial”, cf. o voto de Antonin Scalia em *Citizens United*.

legislativa do governo Obama no terreno da política doméstica – o *Obamacare* (*Affordable Care Act*), programa de reforma do sistema de saúde.

Esse programa de Obama tem o propósito de aumentar a cobertura de seguro-saúde e de diminuir o custo da saúde pública. A provisão mais polêmica da lei é a que cria o “mandato individual” (*individual mandate*) (26 U.S.C. §5000A). Trata-se de previsão do dever (*shall*) do cidadão norte-americano de adquirir para si e para seus dependentes seguro-saúde para cobertura de necessidades médicas essenciais. Na hipótese de não cumprimento desse dever, seria imposta uma “multa com respeito a tal falha” (*penalty with respect to such failure*).

O julgamento foi marcado para junho de 2012 e a expectativa era que a Corte Roberts se dividisse, mais uma vez, entre liberais – a favor da política pública do Presidente Democrata – e conservadores – contra o programa – e que o *swing vote* de Anthony Kennedy decidisse a questão, provavelmente contra a política do Presidente Democrata, rejeitando qualquer deferência ao poder do Congresso Nacional. O custo político dessa decisão seria enorme diante de seus reflexos negativos para as eleições presidenciais de novembro do mesmo ano, quando Obama tentará sua reeleição.²³⁹ Nesse ambiente desafiador, o Presidente advertiu publicamente a Suprema Corte dos perigos do... *ativismo judicial*.

Em declaração de enorme repercussão pública, feita em abril de 2012, Obama disse estar “confiante que a Suprema Corte não tomar[ia] o que seria um passo extraordinário e sem precedentes de derrubar uma lei aprovada por uma forte maioria de um Congresso democraticamente eleito”. Ele dirigiu-se aos *Justices* conservadores para lembrá-los “que, por anos, escutamos que o maior problema da Corte foi o *ativismo judicial*, ou uma *falta de restrição judicial*” – a falta de deferência a “leis devidamente aprovadas e promulgadas” – e que o julgamento do *Obamacare* era um “ótimo momento” para a Corte Roberts mostrar que tem consciência disso.²⁴⁰ É claro que conservadores de todo o país, inclusive juízes federais de cortes inferiores, reagiram e acusaram Obama de tentar intimidar a Suprema Corte, de lhe fazer pressão política indevida. Exagerando um pouco, a ABC News resumiu o ocorrido da seguinte forma: na disputa “Obama vs. Suprema Corte, a Política não Conhece Limites”.²⁴¹

O julgamento ocorreu em 28/06/2012 e seu resultado foi, no mínimo, uma grande surpresa. Principalmente, em função da divisão dos votos. A maioria da Corte declarou o *mandato individual* constitucional, com os quatro liberais votando em sustentá-lo e sendo acompanhados por John Roberts Jr., o *Chief Justice* em pessoa. Dessa feita, não foi a “Corte Kennedy” que decidiu, foi a *Corte Roberts*.²⁴² A maioria

²³⁹ Isso se tornava ainda mais problemático tendo em conta que a lei do *Obamacare* não possuía apoio popular sólido, principalmente a exigência de compra de seguro-saúde individual.

²⁴⁰ <<http://www.reuters.com/article/2012/04/02/us-obama-healthcare-idUSBRE8310WP20120402>>. Acesso em: 14/04/2012.

²⁴¹ É o título da reportagem de 04/04/2012: “Obama vs. Supreme Court, Politics Knows No Bounds”. <<http://abcnews.go.com/Politics/OTUS/obama-supreme-court-politics-bounds/story?id=16072375&page=2>>. Acesso em: 14/04/2012.

²⁴² *National Federation of Independent Business et al v. Sbelius, Secretary of Health and Human Services et al*, 567 U.S. ____ (2012).

conservadora, incluindo Roberts, negou a validade do *mandato individual* como exercício do poder constitucional do Congresso em regular o comércio (*Commerce Clause*), afirmando que o Governo Federal não está autorizado a forçar os indivíduos a comprar serviços (seguro-saúde) que eles não desejam. Contudo, escrevendo o voto vencedor do julgado, Roberts defendeu que o *mandato individual* poderia ser declarado constitucional como exercício legítimo do poder do Congresso de “impor e arrecadar tributos” (*lay and collec Taxes*; art. I, §8º, cl. 1).

Para o *Chief Justice*, o *mandato individual*, embora originalmente pensado como uma obrigação de compra de seguro-saúde cuja inadimplência geraria uma multa, pode ser caracterizado também como um tributo, embora essa interpretação não fosse “a mais natural”,²⁴³ mas apenas “razoavelmente possível” e justificada para salvar a constitucionalidade da lei.²⁴⁴ Roberts “desconsider[ou] o rótulo” para dar valor à “substância e à aplicação” da exação como um tributo.²⁴⁵ Ele disse que essa manobra interpretativa era necessária porque “juízes não eleitos devem ser extremamente relutantes em rejeitar a decisão de um legislativo eleito” – “não é tarefa da Suprema Corte”, prosseguiu, “proteger o povo das consequências de suas escolhas políticas”, pois esse “julgamento é confiado aos líderes eleitos da Nação”.

Roberts procurou atribuir um sentido normativo ao *Obamacare* que permitisse à Suprema Corte ser deferente ao Congresso e ao Presidente. Suas explicações demonstram isso, mas é difícil acreditar que ele, da noite para o dia, tenha se tornado um “campeão da autorrestrrição judicial”. Seus votos anteriores, principalmente em *Citizens*, sempre mostraram um *Chief Justice* muito disposto para invalidar leis federais ou estaduais e superar precedentes antigos da Corte, tudo para alcançar o resultado favorecido pela direita política do país – o Partido Republicano. O que pode então explicar, em um caso tão importante para os rumos políticos do país, que Roberts tenha decidido votar, pela primeira vez, sozinho com a ala liberal da Suprema Corte e, com isso, tenha favorecido o Partido Democrata e seu Presidente, Barack Obama, logo em ano de eleição presidencial?

²⁴³ DWORKIN, Ronald. A Bigger Victory Than We Knew, *The New York Review of Books*, de 13/07/2012, aplaudiu a decisão, mas não concordou com o argumento de Roberts de que seria “artificial considerar o mandato individual um tributo”. Para ele, “essa descrição captura a justificação real para o mandato em termos de moralidade constitucional” – “justiça dentro de uma comunidade política requer que os riscos mais catastróficos da vida econômica e social sejam compartilhados por todos”. “Todos devem cumprir suas responsabilidades morais para com os membros da sociedade, além de proteger-se contra seu próprio infortúnio” e a tributação tem sido “o meio mais tradicional” de a sociedade “compartilhar esses riscos”.

²⁴⁴ O caráter de “interpretação salvadora” (*saving construction*) fica muito evidenciado no trecho de seu voto que responde à objeção da *Justice* Ginsburg pela manutenção da constitucionalidade pela *Commerce Clause*: “A lei interpreta-se mais naturalmente como uma ordem de compra de seguro do que como um tributo. Eu sustentaria essa norma se a Constituição permitisse. É apenas porque a *Commerce Clause* não autoriza tal interpretação que é necessário chegar à questão do poder de tributar. E é apenas porque nós temos um dever de interpretar uma lei para salvá-la, se isso for razoavelmente possível, que o §5000A pode ser interpretado como um tributo”.

²⁴⁵ Em suas palavras: “É claramente verdade que a lei descreve o pagamento como uma ‘multa’, não como um ‘tributo’. (...) mas (...) esse rótulo (...) não determina se o pagamento pode ser visto como exercício do poder de tributar do Congresso”.

O quanto a advertência de Obama por uma postura de autorrestrrição judicial e deferência ao Congresso Nacional influenciou a Roberts é algo muito difícil de medir. Mas, certamente, cumpriu algum papel. Em um caso já altamente publicizado, Obama, com a repercussão de suas declarações, tornou pública a discussão sobre se a rejeição do *Obamacare* poderia colocar a Suprema Corte em uma condição definitiva de *corte partidária* perante a opinião pública. Obama antecipou o tom da crítica: a rejeição do *Obamacare* seria um caso de abuso de poder judicial, *de ativismo judicial ilegítimo*; a Suprema Corte *não passaria de apenas mais uma instituição política, nada tendo de corte de justiça*. As declarações de Obama certamente contribuíram para que Roberts, como *Chief Justice*, tivesse aumentada sua preocupação com a legitimidade institucional da Suprema Corte. E é, sem dúvida, uma parte muito importante da responsabilidade do *Chief Justice* zelar pelo respeito público à Corte.

Sem embargo, o temor pela perda de prestígio institucional perante a *opinião pública* pode fazer parte do conjunto de variáveis decisórias das cortes²⁴⁶ e, considerando a responsabilidade do *Chief Justice* em cuidar do capital de legitimidade da Suprema Corte, é possível que o recuo de Roberts em seu costumeiro ativismo judicial conservador tenha respondido a necessidades estratégicas,²⁴⁷ inclusive fomentadas pelas declarações de Obama. Mais uma vez, pode ser dito que a política cumpriu algum papel na direção da interpretação final da Suprema Corte em um caso crucial, cujo resultado teria enorme repercussão política e social. Direito e Política interagiram mais uma vez e o resultado, dessa feita, foi o recuo do ativismo judicial. Certamente, não se tratou de um recuo definitivo, mas apenas de mais uma etapa do *eterno embate político-ideológico* em torno do binômio ativismo judicial-autorrestrrição judicial da Suprema Corte em julgar casos cruciais. Nos Estados Unidos, o estado e a direção do ativismo judicial são sempre provisórios.

6. Conclusão

Os acontecimentos narrados neste texto revelam as premissas fundamentais que, segundo acredito, devem nortear toda e qualquer construção teórica do ativismo judicial. O ativismo judicial se revela por diferentes dimensões (interpretação constitucional e legal criativa; autoexpansão de poder decisório; avanço de direitos indeterminados; falta de deferência aos outros poderes), ele não pode ser considerado puro e simplesmente uma atitude deliberada dos juízes, mas responde a diferentes fatores exógenos e endógenos, mais destacadamente elementos políticos que podem tanto constrangê-lo como utilizá-lo como instrumento de preservação ou mesmo ampliação de poder; as decisões ativistas podem ser politicamente muito impactantes e isso mostra como ativismo judicial e política praticam, na realidade, um jogo complexo de implicações recíprocas.

²⁴⁶ BAUM, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997, p. 48/49: "aceitação social é relevante, e juízes seriam um grupo diferente de pessoas se nenhum deles fosse preocupado com respeito e popularidade fora da Corte".

²⁴⁷ Como defendem Lee Epstein e Jack Knight, *The Choices Justices Make*, *Op. cit.*, p. 10, "juízes são atores estratégicos que entendem que sua habilidade para alcançar objetivos depende da consideração das preferências dos outros atores, das escolhas que eles esperam que esses outros atores façam e do contexto institucional em que eles atuam".

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 66, 2002, p. 13/14.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 5/12.

BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, vol. 36 (3), 2008, p. 493/510.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 309/345.

BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 8 (1), 1983, p. 241/250.

_____. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.

_____. *The Supreme Court*. 10ª ed., Washington: CQ Press, 2010.

BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press, 1978.

_____. The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, vol. 75 (1), 1961, p. 40/79.

BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review*, vol. 35 (4), 1960, p. 865/881.

BLACK JR., Charles L. *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*. New York: Macmillan, 1960.

BLASI, Vincent (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. New Haven: The Yale University Press, 1983.

BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009.

BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990.

_____. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Washington: The AEI, 2003.

BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010.

BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2009.

CARTER, John Denton. *The Warren Court and the Constitution. A Critical Vision of Judicial Activism*. Gretna: Pelican Publishing Company, 1973.

CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. *Wayne Law Review*, vol. 54 (3), 2008, p. 947/982.

_____. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010.

_____. The Roberts Court and Freedom of Speech. *Federal Communications Law Journal*, vol. 63 (3), 2011, p. 579/590.

_____. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 44 (3), 2011, p. 863/888.

CLARK, Tom S. *The Limits of Judicial Independence*. New York: Cambridge University Press, 2011.

COVER, Robert M. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *Yale Law Journal*, vol. 91 (7), 1982, p. 1.287/1.316.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, vol. 91 (6), 2007, p. 1.752/1.784.

_____. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford University Press, 2009.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, vol. 6 (2), 1957, p. 279/295.

DORF, Michael C. *No Litmus Test: Law versus Politics in the Twenty-First Century*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2006.

DOW, David R. *America's Prophets. How Judicial Activism makes America Great*. Westport: Praeger, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *A Badly Flawed Election*. New York: New Press, 2002.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc*. New York: The New York Review of Books, 2008.

_____. A Bigger Victory Than We Knew. *The New York Review of Books*, 2012.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? *Colorado Law Review*, vol. 73 (4), 2002, p. 1.401/ 1.416.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: CQ Press, 1998.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: The Chicago University Press, 1998.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen. A Life Lived Twice. *Yale Law Journal*, vol. 100 (5), 1991, p. 1.117/1.130.

_____. Between Supremacy and Exclusivity. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 452/467.

FRANKFURTER, Felix. Some Reflections on the Reading of Statues. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) *Judges on Judging. Views from the Bench*. Washington: CQ Press, 2009, p. 281/290.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 91 (4), 1993, p. 577/682.

_____. The Birth of an American Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five. *Yale Law Journal*, vol. 112 (2), 2002, p. 153/259.

_____. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.

GOLDSTEIN, Joel K. Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice. *Stetson Law Review*, vol. 40 (3), 2011, p. 717/761.

GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science*, vol. 8, 2005, p. 425/451.

GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 19 (2), 1995, p. 293/299.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, vol. 58 (5), 2009, p. 1.195/1.263.

GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review*, vol. 125 (2), 2011, p. 379/475.

HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOROWITZ, Donald. L. *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution, 1977.

HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. *Notre Dame Law Review*, vol. 83 (3), 2008, p. 1.061/1.146.

HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998.

KAPISZEWSKI, Diana. _____. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154/186.

KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". *California Law Review*, vol. 92 (5), 2004, p. 1.441/1.477.

KRAMER, Larry D. We the Court. *Harvard Law Review*, vol. 115 (1), 2001, p. 5/169. _____ . *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LEVIN, Mark. *Men in Black. How the Supreme Court is destroying America*. Washington: Regnery, 2005.

LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999.

LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. *Duke Law Journal*, vol. 44 (3), 1994, p. 449/523.

MARSHALL. William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *Colorado Law Review*, vol. 73 (4), 2002, p. 1.217/1.256.

McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. 5^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Toronto: University of Toronto Press, 1956.

MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, vol. 61 (5), 1987, p. 979/990.

_____. Toward a Jurisprudence of Original Intent. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 11 (1), 1988, p. 6/12.

MENDELSON, Wallace. The Orthodox, or Anti-Activist, View – Mr. Justice Frankfurter. In: FORTE, David F. (Ed.) *The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 23/27.

_____. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review*, vol. 31 (1), 1978, p. 71/87.

_____. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 57/76.

MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. Conservative Activist Judges Endanger America. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) *Judicial Activism*. Detroit: Greenhaven Press, 2012, p. 25/37.

O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008.

PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics*, vol. 26 (2), 2011, p. 123/178.

POSNER, Richard A. _____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, vol. 75 (2), 2006, p. 545/575.

_____. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007, p. 373/433.

POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America. *Democracy. A Journal of Ideas*, vol. 23, Inverno de 2012. Disponível em: <http://democracyjournal.org/>.

RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary*, vol. 24 (1), 2007, p. 43/102.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROBERTS, Caprice L. In Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative. *Tennessee Law Review*, vol. 74 (4), 2007, p. 567/621.

ROBERTSON, David. *The Judges as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

ROCHE, John P. A Structural Interpretation. In: FORTE, David F. (Ed.). *The Supreme Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 8/12.

ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.

ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2ª ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (3), 1989, p. 849/865.

_____; GARNER, Bryan A. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. St. Paul: West, 2012.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 73/212.

SCHICK, Marvin. Judicial Activism on the Supreme Court. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington Books, 1982, p. 37/56.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. New Haven: Yale University Press, 2001.

_____. A contextual Judicial Review. *Cardozo Law Review*, vol. 32 (4), 2011, p. 1.143/1.181.

SHAPIRO e TRESOLINI. *American Constitutional Law*. 4ª ed. New York: Macmillian Publishing, 1975.

STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? *The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (1), 2003, p. 373/386.

SUNSTEIN, Cass R. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. New York: The New Press, 2002, p. 76/104.

_____. *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books, 2004.

_____. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005.

_____. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

_____. *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. In: _____. VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27/37.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, vol. 7 (3), 1893, p. 129/156.

TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. New York: Anchor Books, 2007.

TRIBE, Laurence H. *God Save This Honorable Court. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*. New York: Random House, 1985.

_____. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Arguing *Marbury v. Madison**. Standford: Standford University Press, 2005.

_____. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York: W.W. Norton, 2005.

_____. The Supreme Court and the National Political Order. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) *The Supreme Court & American Political Development*. Lawrence: Kansas, 2006, p. 117/137.

_____. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.

VERMEULE, Adrian. _____. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. System Effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, vol. 123 (4), 2009, p. 4/72.

VIANNA, Luiz Werneck, *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

WILKINSON III, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*. New York: Oxford University, 2012.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *Colorado Law Review*, vol. 73 (4), 2002, p. 1.139/1.143.

YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. *Northwestern University Law Review* 105, vol. (1), 2011. p. 1/60.