

A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA (I)

Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹

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.

1. INTRODUÇÃO: A IMPORTÂNCIA DO DEBATE NORTE-AMERICANO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL



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 hiper-

¹ Professor Direito Tributário – UCAM; Mestre e Doutorando em Direito Público – UERJ; Diretor Acadêmico – ESA/Campos; Advogado.

controversos 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.²

Com esse novo arranjo em movimento, mais do que em judicialização da política e das grandes questões sociais de nosso tempo,³ pode-se falar hoje em sua *tribunalização*.⁴ 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.

² 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.

³ 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 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.

⁴ 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, n. 1.

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*⁵ 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, inevita-

⁵ 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.*

velmente, um espaço enorme em nossos debates doutrinários. Pode-se dizer, sem receio, que é um *tema da 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. Dentre 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*⁶ e do *termo* “ativismo judicial”.⁷ 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

⁶ 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 Countermajoritarian Difficulty. Part V. Yale Law Journal* Vol. 112 (2), 2002, p. 155 et seq.

⁷ 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.

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.⁸

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*.⁹ Seu debate transcende as fronteiras das academias de Direito e de Ciências Políticas para ser tema recorrente também na mídia.¹⁰ 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 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.¹¹

⁸ Laurence Tribe, *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”. Larry Kramer, *We The Court*. *Harvard Law Review* Vol. 115 (1), 2001, pp. 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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, pp. 1442/1443.

¹¹ 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, pp. 128/143.

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”,¹² com o objetivo precípua de compreender as raízes da

¹² SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947.

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 infindável 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*.

2. A ORIGEM TERMINOLÓGICA EM ARTHUR SCHLESINGER JR.: ATIVISMO JUDICIAL V. AUTORRESTRIÇÃO JUDICIAL

A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr.¹³ 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

¹³ 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, n. 19.

nação por anos”.¹⁴ 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;¹⁵ 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 apresenta 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

¹⁴ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, p. 73.

¹⁵ Realizando a mesma divisão: McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Toronto: University of Toronto Press, 1956, pp. 170/185; HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998, p. 114; BURNS, James MacGrecor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2009, p. 167.

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: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com “deferência à vontade do legislador”.¹⁶

Schlesinger 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 autorrestrrição 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 autorrestrrição judicial. Sem dúvida, o pensamento extremado de ambos os juízes reflete melhor a oposição entre as filosofias judiciais que caracterizam esse “conflito fundamental”.

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

¹⁶ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, pp. 75/77.

¹⁷ BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review* Vol. 35 (4), 1960, pp. 879/880. Não se ignora que Black, já com mais de 80 anos, deu uma virada para a autorrestrrição na interpretação da Constituição em seus últimos anos na Corte (aposentou-se em 1971, ano também de sua morte). Seu voto em *Griswold*

Frankfurter, ao contrário, talvez tenha sido o mais comprometido defensor da autorrestrrição judicial na história da Suprema Corte, um juiz verdadeiramente *antiativismo*. Ele pertenceu a uma tradição de juízes que afirmaram a autorrestrrição judicial como uma filosofia adjudicatória, que tinha em James Bradley Thayer o mais importante referencial teórico,¹⁸ e nomes como Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis e Learned Hand¹⁹ 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 autorrestrrição 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 autorrestrrição, acabou sendo taxado de conservador. Porém, na realidade, Frankfurter era um juiz que adotava a autorrestrrição judicial como um princípio de adjudicação que valia “para todas as estações”.²⁰

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 legis-

(381 U.S. 479 [1965]) é o melhor exemplo.

¹⁸ O principal marco teórico dessa linha judicial foi o festejado texto de James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, *Harvard Law Review* Vol. 7 (3), 1893, pp. 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.

¹⁹ 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, pp. 71/87; LUBAN, David. *Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint*. *Duke Law Journal* Vol. 44 (3), 1994, p. 451.

²⁰ 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.

lador.²¹ 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 juiz não deve reescrever uma lei, nem alargar ou contraí-la”,²² 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.²³

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.”²⁴ 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,

²¹ 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.

²² 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

²³ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 128 (1958).

²⁴ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, p. 79.

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 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.²⁵

²⁵ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, p. 201.

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,²⁶ 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”.²⁷

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.²⁸ No entanto, juízes “campeões da autorrestrição judicial” são humildes na interpretação da Consti-

²⁶ Cf. GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal* Vol. 58 (5), 2009, pp. 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 Randy Barnett, *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.

²⁷ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, pp. 202/204.

²⁸ 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.

tuição 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” “reque-rem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, de-vedo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao con-trole popular” o poder de decisão. Contudo, acrescentou que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que ga-rantem a própria participação política dos indivíduos”,²⁹ 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 JUDICIAL³⁰

Como o próprio Schlesinger reconheceu, o ativismo judi-cial diz com disputas mais antigas sobre os limites de atuação da Suprema Corte norte-americana do que pode supor sua ori-gem terminológica.³¹ Decisões da Corte podem ser identifica-das 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. Madi-son*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*, exemplos

²⁹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, pp. 208 e 212.

³⁰ Tomo a expressão de empréstimo de Craig Green, An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal* Vol. 58 (5), 2009, p. 1209.

³¹ SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, Vol. 35 (1), janeiro de 1947, p. 208.

clássicos e complexos do ativismo judicial pré-histórico da Suprema Corte.³²

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,³³ 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*.³⁴ Não obstante, *Dred Scott* e *Lochner* não são ativistas porque foram decisões erradas e de

³² Shapiro e Tresolini, *American Constitutional Law*. 4ª ed. New York: Macmillian 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., pp. 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.”

³³ Cf. TUSHNET, Mark (Ed.). *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

³⁴ GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review* Vol. 125 (2), 2011, pp. 385/404.

resultados ruins. *Korematsu*³⁵ entra em qualquer lista das piores 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.³⁶

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

³⁵ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Nesse caso, a Suprema Corte, com o voto líder de Hugo 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”.

³⁶ Mark Levin, *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.

cenário político norte-americano.³⁷ 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”.³⁸ 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.”³⁹ 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*,⁴⁰ 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*,⁴¹ que é a essência de seu papel no sistema de 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

³⁷ Cf. SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., pp. 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.

³⁸ BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. 10ª ed., Washington: CQ Press, 2010, pp. 20/21.

³⁹ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, pp. 68/69

⁴⁰ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴¹ 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.

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 pre-

tensão de ser ineficaz; dessa forma, tal construção é inadmissível (...).”⁴²

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.

Marbury foi ativista em duas dimensões:⁴³ 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.⁴⁴ Na realidade, “a Constituição tem comparativamente pouco a dizer sobre a Suprema Corte ou o judiciário federal em geral”.⁴⁵ 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.⁴⁶

Embora *Marbury* tenha, fora de dúvida, sido ativista, um

⁴² 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

⁴³ 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., pp. 59/60.

⁴⁴ HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958, p. 4.

⁴⁵ 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 (...)”.

⁴⁶ BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 170/171.

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 essa 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*,⁴⁷ 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.⁴⁸ Por outro lado, Marshall também compreendia que “não haveria melhor oportunidade para formular a *judicial review*”,⁴⁹ de modo que ele promoveu então uma troca: abriu mão do poder de julgar origi-

⁴⁷ Sobre os bastidores políticos da decisão, cf. SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., pp. 73/75.

⁴⁸ 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.”

⁴⁹ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 22.

nariamente *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.⁵⁰

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*,⁵¹ em que afirmou o *status* constitucional da escravidão e proferiu a decisão, considerada por muitos, mais infame de toda sua história.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 60 U.S. 393 (1856).

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.

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”,⁵² 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

⁵² McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., p. 62.

sujeitos a sua autoridade”.⁵³

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,⁵⁴ 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.⁵⁵ 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?)⁵⁶ 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 judicialmen-

⁵³ 60 U.S. 393, 403-405 (1856).

⁵⁴ TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. Op. cit., pp. 111/112; SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005, pp. 85

⁵⁵ 60 U.S. 393, 451-452 (1856).

⁵⁶ LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 10.

te”.⁵⁷ Essa ação da Corte, como se sabe, só fez agravar a divisão político-ideológica do país, ajudando a eclosão da Guerra Civil.⁵⁸

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 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.⁵⁹ Enquanto a norma constitucional injusta permanecesse inalterada, prosseguiu Taney, ela “deveria ser interpretada (...) como foi entendida ao tempo de sua adoção”.⁶⁰

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.

⁵⁷ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., p. 63.

⁵⁸ Cf. DEVINS, Neal; FISHER, Louis. *The Democratic Constitution*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 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, pp. 259/262.

⁵⁹ *Dred Scott* foi realmente superada formalmente apenas por meio da XIII Emenda. Cf. FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 203.

⁶⁰ 60 U.S. 393, 426 (1856).

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 escravatura 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.⁶¹

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 resolução⁶² – 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*⁶³ 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.

⁶¹ 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.

⁶² Cf. GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science* Vol. 8, 2005, pp. 425/426

⁶³ A abordagem de Taney tem todas as características do *originalismo*. Não é por menos que Cass Sunstein, *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.⁶⁴

A Suprema Corte declarou a lei inconstitucional porque ela teria restringido, sem fundamento razoável, “o direito de

⁶⁴ 198 U.S. 45 (1905).

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”.⁶⁵ 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 *substancial*.⁶⁶ 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.⁶⁷

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 abso-

⁶⁵ 198 U.S. 45, 53 (1905).

⁶⁶ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., pp. 313/315.

⁶⁷ Cf. STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? *The University of Chicago Law Review* Vol. 70 (1), 2003, pp. 373/374.

lutamente 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 novaiorquino. Por tudo isso, ele concluiu que a postura de autorrestrição judicial seria a única adequada ao caso julgado.⁶⁸

Oliver Holmes lançou em *Lochner* “um dos mais celebrados e influentes votos da história Norte-americana”,⁶⁹ 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

⁶⁸ 198 U.S. 45, 65-74 (1905).

⁶⁹ BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 35.

indiscriminado em detrimento de decisões razoáveis tomadas pelas maiorias legislativas.⁷⁰ 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 autorrestricção judicial para o caso *Lochner*.⁷¹

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?⁷²

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 ne-

⁷⁰ 198 U.S. 45, 75 (1905).

⁷¹ 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 inspiram e são subjacentes àqueles textos". Cf. HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Path of Law*. *Harvard Law Review* Vol. 10 (8), 1897, pp. 457/478.

⁷² Essa é a preocupação desenvolvida por STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? *The University of Chicago Law Review* Vol. 70 (1), 2003, pp. 373/386.

cessidade 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.⁷³ 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.⁷⁴ 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.

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

⁷³ Cf. HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. *Notre Dame Law Review* Vol. 83 (3), 2008, pp. 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.

⁷⁴ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. 66, 2002, pp. 50/53.

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.⁷⁵

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.

⁷⁵ 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 restrições legais ou extralegis 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.

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.⁷⁶ 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’”.⁷⁷

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”⁷⁸ 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*

⁷⁶ 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, pp. 324/344.

⁷⁷ EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism. *Colorado Law Review* 73 (4), 2002, p. 1403.

⁷⁸ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 15.

the land por pouco mais de três décadas⁷⁹ 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*,⁸⁰ 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*.⁸¹

Na época, assim, a posição da Corte em favor das poderosas corporações econômicas tornou-se uma tendência, que se

⁷⁹ Em sentido contrário, definindo *Lochner* como *outlier*, cf. BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Op. cit., p. 51.

⁸⁰ 75 U.S. 603 (1870).

⁸¹ *Knox v. Lee*, 79 U.S. 457 (1871).

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 disse MacGrecor Burns, foi uma era marcada pela “devoção Republicana pós-guerra civil ao *laissez faire*” e pela “ubiquidade do poder das ferrovias”,⁸² 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).⁸³ 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”.⁸⁴ 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*,⁸⁵ 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

⁸² BURNS, James MacGrecor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 97.

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

⁸⁴ BURNS, James MacGrecor. *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.

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

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.⁸⁶

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*,⁸⁷ outra candidata à pior decisão de sua história.⁸⁸ Nessa decisão de 1896, a Corte legitimou medida legal de segregação racial, deixando muito claro que sua vocação para proteger 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 exclu-

⁸⁶ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., pp. 309-311.

⁸⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁸⁸ 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)

das. 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.⁸⁹ Para a maioria conservadora,⁹⁰ o Congresso havia delegado inconstitucionalmente pode-

⁸⁹ *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).

⁹⁰ 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 segun-

res 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,⁹¹ 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.

O plano não foi realizado exatamente como formulado, pois sua proposta de “abarrotar” 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*,⁹² a Suprema Corte “capitulou em meio à ameaça de uma autêntica crise constitucional”⁹³ 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

do formava a maioria conservadora.

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

⁹² *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).

⁹³ 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.

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 constitucionais⁹⁴ pretendidas pela coalizão política dominante liderada por Roosevelt.

Posteriormente, dentro da normalidade institucional de nomeação de juízes para a Suprema Corte,⁹⁵ Roosevelt assegurou sua vitória definitiva e a Corte, como defendeu Robert Dahl, tornou-se *parte essencial da aliança política de governo*:⁹⁶ 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 Parti-

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ O alinhamento entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte após a vitória na *batalha pelo New Deal* é um dos exemplos usados por Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law* Vol. 6 (2), 1957, pp. 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.

do 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 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.⁹⁷ 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.



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, pp. 13/14.
- ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de*

⁹⁷ TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. Op. cit., pp. 132/139.

- Direito Administrativo* Vol. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, pp. 5/12.
- BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review* Vol. 36 (3), 2008, pp. 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, pp. 309/345.
- BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. *American Bar Foundation Research Journal* Vol. 8 (1), 1983, pp. 241/250.
- _____. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.
- _____. *The Supreme Court*. 10^a 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, pp. 40/79.
- BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review* Vol. 35 (4), 1960, pp. 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*. 1^a 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, pp. 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, pp. 579/590.
- _____. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review* Vol. 44 (3), 2011, pp. 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, pp. 1.287/1.316.
- CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review* Vol. 91 (6), 2007, pp. 1.752/1.784.
- _____. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford University Press, 2009.
- DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Su-

- preme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law* Vol. 6 (2), 1957, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 281/290.
- FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review* Vol. 91 (4), 1993, pp. 577/682.
- _____. The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. *Yale Law Journal* Vol. 112 (2), 2002, pp. 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, pp. 717/761.
- GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science* Vol. 8, 2005, pp. 425/451.
- GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy* Vol. 19 (2), 1995, pp. 293/299.
- GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal* Vol. 58 (5), 2009, pp. 1.195/1.263.
- GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review* Vol. 125 (2), 2011, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 1.441/1.477.
- KRAMER, Larry D. We the Court. *Harvard Law Review* Vol. 115 (1), 2001, pp. 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, pp. 449/523.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *Colorado Law Review* Vol. 73 (4), 2002, pp. 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, pp. 979/990.
- _____. Toward a Jurisprudence of Original Intent. *Harvard Journal of Law & Public Policy* Vol. 11 (1), 1988, pp. 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, pp. 23/27.
- _____. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review* Vol. 31 (1), 1978, pp. 71/87.
- _____. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982, pp. 57/76.
- MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. Conservative Activist Judges Endanger America. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) *Judicial Activism*. Detroit: Greenhaven Press, 2012, pp. 25/37.
- O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. 8^a ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008.
- PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics* Vol. 26 (2), 2011, pp. 123/178.
- POSNER, Richard A. _____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political

- Pratice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review* Vol. 75 (2), 2006, pp. 545/575.
- _____. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* Vol. 42, 2007, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 849/865.

- SCHICK, Marvin. Judicial Activism on the Supreme Court. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington Books, 1982, pp. 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, pp. 1.143/1.181.
- SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, pp. 73/212.
- SHAPIRO e TRESOLINI. *American Constitutional Law*. 4^a ed. New York: Macmillian Publishing, 1975.
- STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? *The University of Chicago Law Review* Vol. 70 (1), 2003, pp. 373/386.
- SUNSTEIN, Cass R. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. New York: The New Press, 2002, pp. 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 Ex-*

- pansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, pp. 27/37.
- THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review* Vol. 7 (3), 1893, pp. 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, pp. 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, pp. 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.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *Colorado Law Review* Vol. 73 (4), 2002, pp. 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. pp. 1/60.