

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

Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>†</sup>

Sumário: 4.2. A *New Deal Court* e o ativismo liberal da Corte Warren. 4.3. A *Contrarrevolução* Republicana: Nixon, Reagan, Burger, Rehnquist, Scalia e o ativismo judicial conservador. 5. O momento atual do debate: de volta à *Lochner Era*? 6. Conclusão

## 4.2.A NEW DEAL COURT E O ATIVISMO LIBERAL DA CORTE WARREN



Encerrada a batalha pelo *New Deal*, a Corte recém-formada por Roosevelt, que era essencialmente a retratada por Schlesinger em 1947 (item 2, *supra*), atuou sob a doutrina de deferência à intervenção do governo na economia. Por maiores que fossem os desacordos pessoais e intelectuais entre os membros daquela “talentosa e barulhenta” Corte, eles eram uníssonos em reconhecer que o “governo tinha a prioridade para regular a economia” e isso era especialmente verdade em se tratando de medidas impostas pelo governo federal.<sup>98</sup> As ameaças político-estratégicas e as nomeações de juízes para a Suprema Corte, praticadas por Roosevelt, garantiram que o conservadorismo da Era *Lochner* se tornasse, naquela época, um assunto encerrado. Já o ativismo judicial...

Os juízes nomeados por Roosevelt eram, antes de tudo, *New Dealers*, isto é, defensores dos princípios progressistas do

---

<sup>†</sup> Professor Direito Tributário – UCAM; Mestre e Doutorando em Direito Público – UERJ; Diretor Acadêmico – ESA/Campos; Advogado.

<sup>98</sup> POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, pp. 7/17.

*New Deal*. Esses princípios não incluíam apenas deferência às ações regulatórias do governo no campo econômico e social, mas também o compromisso com a promoção de direitos e liberdades básicas do homem<sup>99</sup> e foi, em função desse compromisso, que a maioria de seus juízes dirigiu suas preocupações para outra cláusula importante da XIV Emenda: a *equal protection of the laws*.

Como bem afirmou McCloskey, “velhos interesses e valores se foram, contudo, um novo conjunto se levantaria para substituí-los” e, para os *New Dealers* da *Corte Roosevelt* (*New Deal Court*), esses novos interesses e valores envolviam a proteção dos direitos civis como a essência do governo democrático, cabendo a eles “fazer o seu melhor para preservá-los.”<sup>100</sup> A Suprema Corte possuía então um novo papel político-institucional: em vez de garantia absoluta aos direitos de propriedade e da liberdade de contrato da classe econômica dominante, o “novo negócio” da Corte era a proteção dos direitos e liberdades civis, principalmente dos mais desprotegidos e menos favorecidos.<sup>101</sup> Isso não se deu em um vácuo teórico, mas sua base hermenêutica estava na festejada nota de rodapé nº 4 de *United States v. Carolene Products Co.*,<sup>102</sup> escrita por Harlan Fisk Stone em 1938.

A ideia de Stone foi a de estabelecer padrões diferentes de controle de constitucionalidade para a Corte, ou seja, um controle mais forte ou mais fraco a depender da matéria envol-

---

<sup>99</sup> McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., p. 139: “Com uma ou duas possíveis exceções, todos os juízes nomeados ao tribunal desde 1937 compartilhavam um *ethos* geral de direitos civis.”; SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., p. 351: “A Corte Roosevelt, que incluía sólidos apoiadores dos direitos civis e políticos...”.

<sup>100</sup> McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., pp. 119/121-129.

<sup>101</sup> McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Op. cit., p. 173; BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. Op. cit., p. 283.

<sup>102</sup> 304 U.S. 144, 155 (1938).

vida. Em sua “teorização jurisprudencial do *New Deal*”, Stone arguiu, por um lado, o abandono do controle judicial assertivo da legislação econômica regulatória e por outro, um controle mais agudo (*strict scrutiny*) de leis que ameçassem os valores da democracia, restringissem as liberdades civis básicas ou veiculassem aparente preconceito contra “minorias discretas e insulares”.<sup>103</sup> Nesses últimos casos, deveria haver um alcance mais limitado para a aplicação da presunção de constitucionalidade das leis, de forma que a ideia fosse quase a de *suspeita de inconstitucionalidade* dessas leis. Essa foi, sem dúvida, a base doutrinária inicial do *ativismo judicial liberal*<sup>104</sup> – do avanço judicial de liberdades e direitos fundamentais, apenas vagamente definidos na Constituição, em favor de grupos minoritários e socialmente desfavorecidos e em face do poder político.

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

Cada homem tinha tomado diferentes lições do ativismo reacionário da *old court*. Para Frankfurter, isso significava que os juízes não devem

---

<sup>103</sup> TUSHNET, Mark. The Supreme Court and the National Political Order. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) *The Supreme Court & American Political Development*. Lawrence: Kansas, 2006, p. 119.

<sup>104</sup> É o que defende, dentre outros, Robert M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*. *Yale Law Journal* Vol. 91 (7), 1982, pp. 1.287/1.316.

ser assertivos em tomar decisões políticas, mas abordar as questões com autorrestrrição e equilíbrio e dar aos poderes políticos o benefício da dúvida constitucional. (...) Para Black e seu bloco – mais notavelmente Douglas, com Murphy e Rutledge como aliados regulares – o problema com a *old court* foi que ela era reacionária, e não que ela era ativista. Para causas liberais (...) a Suprema Corte deveria atuar assertivamente, assinalando limites claros e manifestos de permissão ou restrição à ação do governo”.<sup>105</sup>

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

Mesmo com a forte oposição do grupo de Frankfurter, a Suprema Corte, no final dos anos 30 e nos anos 40, adotou gradualmente a doutrina de Stone e começou a remodelar seu papel na direção de combater violações legislativas em face das liberdades individuais. Em importantes decisões sobre liberdade de expressão,<sup>106</sup> religião,<sup>107</sup> discriminação social<sup>108</sup> e racial,<sup>109</sup> garantias processuais penais,<sup>110</sup> etc., e embora temperada

---

<sup>105</sup> BURNS, James MacGrecor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 168. No mesmo sentido: HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 114.

<sup>106</sup> *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 216 (1945).

<sup>107</sup> *Illinois ex rel. McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948).

<sup>108</sup> *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941).

<sup>109</sup> *Missouri Ex. Rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938); *Sipuel v. University of Oklahoma*, 332 U.S. 631 (1948); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950)

pelas disputas internas entre a autorrestrrição judicial e o ativismo judicial, a Corte Roosevelt afirmou uma postura relativamente assertiva diante de leis que violassem direitos fundamentais.

Por outro lado, não se pode ignorar que a Corte Roosevelt, na medida em que foi sendo desfeita no final dos anos 40, viveu momentos de conservadorismo. No auge do fervor anti-comunista da metade do século XX, o grupo de juizes liberais e ativistas sofreu duas grandes baixas com as mortes dos *Justices* Murphy e Rutledge em 1949, sendo desfeito aquele que era até então considerado “o mais sólido bloco pró-liberdades civis da história da Suprema Corte”.<sup>111</sup> Em seus lugares, foram nomeados pelo presidente Truman dois juizes conservadores, Tom Clark e Sherman Minton, que, juntos com Frankfurter, Jackson e Burton, formaram uma maioria pró-autocontenção judicial que duraria por alguns anos.

Porém, ao contrário da Corte *Lochner* e da *Old Court*, que foram ativistas contra posições progressistas do Governo e a favor de posições conservadoras, essa maioria liderada por Frankfurter acabou sendo neutralmente deferente às posições conservadoras do Governo e do Congresso. Tratava-se de uma autêntica postura de *autorrestrrição judicial*, que Frankfurter justificava como meio de manter a legitimidade da Suprema Corte em uma democracia constitucional.<sup>112</sup> Com essa filosofia de adjudicação constitucional e diante das medidas governamentais repressivas e antidemocráticas de acusação e perseguição a supostos comunistas (*McCarthy Era*), a Suprema Corte, em um ambiente social e político marcado pela presença da

---

<sup>110</sup> *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942). A mancha negra, claro, foi *Korematsu v. United States* (1945).

<sup>111</sup> HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 56.

<sup>112</sup> Morton Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, Op. cit., p. 22, disse que a Corte “parecia ter caído completamente sob a influência da filosofia de *judicial review* restritiva de Felix Frankfurter.”

Guerra Fria e pelo temor da ascensão do comunismo, acabou capitulando ao Governo e permitindo nesses casos a violação de liberdades fundamentais, inclusive da liberdade de expressão da Primeira Emenda.

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

A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Mais do que a própria Corte Roosevelt, ela constitucionalizou o projeto político do *New Deal*. Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como um “documento vivo” (*living document*), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais. Orientada então pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte “como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário”.<sup>113</sup> Essa dimensão de interpretação criativa da

---

<sup>113</sup> BURNS, James MacGrecor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 180.

Constituição para afirmação de direitos fundamentais opostos ao Estado fez da Corte Warren única no sistema político norte-americano e para o debate moderno sobre o ativismo judicial.

Earl Warren assumiu o posto de *Chief Justice* da Suprema Corte em 1953 e parece que com o propósito determinado de revolucionar o direito constitucional estadunidense. Ele logo se juntou aos líderes liberais da Corte Roosevelt, paradigmas do ativismo judicial, Black e Douglas. Em 1956, o bloco liberal ganhou ainda a participação daquele que seria o autor intelectual de muitos dos principais votos da Corte, Willian Brennan.<sup>114</sup> O ativismo judicial de Brennan era pautado em suas críticas ao que condenava ser um “despudorado endeusamento da vontade da maioria” e a “fé cega na democracia”.<sup>115</sup>

Apesar da formação desse importante bloco liberal e ativista, até o fim da década de 50 e começo dos 60 ainda predominava a discreta maioria conservadora e autorrestritiva liderada por Frankfurter. Como disse Mark Tushnet, a Corte Warren que entrou para a história como um “fenômeno cultural” não veio logo à existência com a entrada de Warren. A “Corte Warren” do imaginário popular, composta por uma maioria liberal e ativista, que julgou inconstitucionais 16 leis federais e 113 leis estaduais, foi criada mesmo em 1962,<sup>116</sup> com a aposentadoria de Frankfurter e sua substituição por Arthur Goldberg.

Com a decisiva aposentadoria de Frankfurter,<sup>117</sup> a Corte

---

<sup>114</sup> Em razão da importância de Brennan, há quem fale em *Brennan Court*, em substituição à *Warren Court*, cf. McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., p. 150.

<sup>115</sup> GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy* Vol. 19 (2), 1995, p. 293.

<sup>116</sup> TUSHNET, Mark. The Warren Court as History: An Interpretation. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in Historical and Political Perspective*. Op. cit., pp. 3/4-12; no mesmo sentido: POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 209 et seq; LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., pp. 25/26.

<sup>117</sup> Destacando a aposentadoria de Frankfurter como fator do ativismo da Corte Warren, cf. BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*.

se livrou do mais fervoroso e notável defensor da autorrestricção judicial, de modo que a então recém-formada maioria liberal estava à vontade para promover as transformações no direito constitucional que Warren tanto desejava. Arthur Goldberg compartilhava das mesmas ideias de Warren, Black, Douglas e Brennan e, assim, tornou-se o *quinto voto* (*the fifth vote*) definitivo para as decisões ativistas e liberais que marcaram a Era Warren.<sup>118</sup> Essa situação não se modificou com a substituição de Goldberg por Abe Fortas em 1965 e foi ainda fortalecida com a chegada do advogado ativista em questões raciais, Thurgood Marshall. Apesar de *Brown* ter sido decidido em 1954, é a “Corte” formada entre 1962 e 1969 (ano de aposentadoria de Earl Warren) a *histórica Corte Warren ativista e liberal*.

Sob uma perspectiva quantitativa e adicionando alguns elementos qualitativos, Frank Cross e Stefanie Lindquist realizaram uma pesquisa empírica do comportamento decisório dos juízes da Suprema Corte entre os anos de 1953 e 2005, abrangendo as “Cortes” sob a presidência de Earl Warren, Warren Burger e William Rehnquist, com o propósito de “medir” o ativismo dos juízes individualmente considerados. No final, a pesquisa implicou um ranking que teve, nos cinco primeiros lugares, os principais juízes ativistas da Corte Warren: Douglas, Black, o próprio Warren, Brennan e Thurgood Marshall. Em último lugar, como juiz “menos ativista” dos últimos sessenta anos da história da Suprema Corte: Felix Frankfurter.<sup>119</sup>

---

New Haven: Yale University Press, 1978, pp. 3/4; LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 26.

<sup>118</sup> FISS, Owen. A Life Lived Twice. *The Yale Law Journal* Vol. 100 (5), 1991, p. 1.117; BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 192: “Ao tomar o lugar de Frankfurter, Goldberg desencadeou o ativismo da Corte”.

<sup>119</sup> CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. *Measuring Judicial Activism*. Op. cit., p. 138. Para Mark Tushnet, *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York: W.W. Norton, 2005, p. 17, Douglas era “the quintessential activist”.



Esses números revelam uma faceta muito interessante – o avanço do ativismo judicial da Corte Warren pode ser também explicado por uma *união de esforços ativistas individuais*. O comportamento individual desses juízes ativistas contribuiu, sem dúvida, para a Corte Warren merecer o título de “arquetipo de ativismo judicial”.

Não obstante, isso não significa rebaixar de importância o posto ocupado pela política, no cenário norte-americano, como fator do ativismo judicial. Ainda que o ativismo judicial da Corte Warren possa passar a ideia de juízes como capazes por si só de produzir transformações sociais, deve-se manter em mente que esses juízes ativistas não atuaram em um vácuo político ou social.<sup>120</sup> Era uma Corte liberal em um momento político de Governo e Congresso dominados por Democratas liberais, de forma que a direção ideológica da Corte estava conforme a coalizão política dominante.<sup>121</sup> Havia, portanto, uma base política abrangente de sustentação das principais decisões progressistas da Corte.<sup>122</sup> Estava ainda presente um amplo mo-

---

<sup>120</sup> FISS, Owen. *A Life Lived Twice*. *The Yale Law Journal* Vol. 100 (5), 1991, p. 1.118.

<sup>121</sup> Pautado em avaliações empíricas, Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2ª ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008, pp. 157 et seq, 420/423-431, defendeu que a Corte Warren foi “de limitada relevância para o progresso real dos direitos civis na América”. Para o autor, ausentes condições específicas, as cortes não têm capacidade de fazer triunfar direitos sobre a política. Elas seriam limitadas por constrições (a natureza limitada dos direitos constitucionais, a falta de independência judicial e de poder de implementação de medidas) que não lhe permitem “produzir significante reforma social”, de forma que só conseguem ser efetivas se um movimento político estiver apoiando as mudanças judicialmente perseguidas. Mesmo a Corte Warren não teria avançado suas posições ativistas sem o amplo apoio político que efetivamente recebeu. Para Rosenberg, “no fim, não existe substituto para ação política.” A questão da dificuldade de implementação de medidas sem apoio político foi particularmente importante em *Brown v. Board of Education*, logo adiante examinada. Porém, como será defendido adiante, o caso *Brown* dá razão apenas parcial às afirmações feitas por Gerald Rosenberg.

<sup>122</sup> Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law* Vol. 6 (2), 1957, p. 293, anota que tentativas da Suprema Corte de promover políticas de abrangência nacional na “ausência

vimento social dirigido à promoção e à proteção de valores individuais e de igualdade,<sup>123</sup> fruto da indignação mundial às atrocidades cometidas pelos regimes nazifascistas em nome da odiosa ideia de “supremacia racial” e em face dos direitos humanos.

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

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

---

de acordo substancial dentro da aliança” política dominante são “prováveis de provocar um desastre”. *Dred Scott* e as decisões iniciais contra o *New Deal* teriam sido provas disso.

<sup>123</sup> Charles R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: The Chicago University Press, 1998, pp. 14/25, reconhece que o ativismo judicial da Corte Warren foi um elemento importante da “revolução de direitos” da época, porém, para ele, tal variável seria uma “explicação incompleta”, pois foi também indispensável, além da consciência social de direitos, a “estrutura de apoio à mobilização legal” em torno desses direitos, consistente de “organizações pró-direitos, advogados de defesa de direitos e fontes de financiamento, particularmente financiamento público”.

para o incremento do ativismo judicial. Todavia, em diferentes situações, podem ocorrer de outros fatores – desenhos institucionais, elementos teórico-filosóficos e disposição ativista dos juízes em particular – igualmente se destacarem e cumprirem um papel não só relevante, mas necessário.<sup>124</sup> Foi assim com a Corte Warren e suas decisões históricas.

A primeira grande decisão da Corte Warren – talvez, a mais importante da história da Suprema Corte<sup>125</sup> – data de 1954 e foi, claro, *Brown v. Board of Education* – um caso de segregação racial no ensino público.<sup>126</sup> Na já citada *Plessy*, decidida em 1896, a Corte havia julgado constitucional lei da Lousiana que exigia das ferrovias acomodações “iguais” para brancos e negros, mas que deveriam ser acomodações “separadas”. Para a maioria conservadora da época, essa prática de segregação racial não violava a *equal protection* da XIV Emenda, na medida em que impunha igualmente para brancos e negros a separação. Tratava-se da doutrina *separate but equal* que, depois de meio século de odiosa segregação racial, viria, finalmente, a ser superada pela Corte Warren em *Brown*.

Foi por unanimidade que a Corte Warren julgou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas por violação da *equal protection clause*. Contudo, esse consenso dos *Justices* em torno de *Brown* não respondeu apenas a fatores endógenos. A decisão de pôr fim à segregação racial era cercada de dificuldades extrajurídicas e, conscientes dessa circunstância, da importância da decisão e das reações adversas que seguiriam, notadamente dos estados sulistas, os juízes trabalharam em torno dessa unanimidade como a única forma de prover “legi-

---

<sup>124</sup> BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. *American Bar Foundation Research Journal* Vol. 8 (1), 1983, p. 244: o autor distingue “condições necessárias e suficientes para o ativismo”, e diz que “forças externas são necessárias para fazer o ativismo possível”, mas nem sempre suficientes.

<sup>125</sup> HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 15.

<sup>126</sup> 347 U.S. 483 (1954).

timidade suficiente para uma reversão de precedente constitucional tão grave e de tão amplas consequências”.<sup>127</sup> A Corte sabia que uma decisão dividida fortaleceria seus opositores. Porém, mesmo essa estratégia não impediu que, no final, a Corte precisasse do poder político federal para tornar *Brown* uma realidade.

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

*Brown* foi proposta na Suprema Corte em 1952, ainda durante a atuação da Corte Vinson e de sua forte divisão – retratada por Schlesinger – entre “campeões do ativismo judicial” e “campeões da autorrestrição judicial”. O primeiro grupo, liderado por Hugo Black, tinha o firme propósito de superar *Plessy* e opôr-se aos estados sulistas para colocar fim à sua política de segregação racial. Esses juízes sentiam-se autorizados pela XIV Emenda e sua cláusula da igual proteção das leis para decidir dessa forma. Mas no outro grupo, liderado por Frankfurter, ainda que a maioria fosse substancialmente contra a segregação racial, todos acreditavam que os estados deveriam decidir sobre a manutenção ou não da segregação imposta por suas leis racistas, não podendo a Suprema Corte, sob pena de “intolerável ativismo judicial”, interferir nessa escolha de natureza política. O julgamento foi, enfim, postergado, à espera de

---

<sup>127</sup> HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., pp. 23/24.

um momento propício para uma decisão que fosse unânime.<sup>128</sup>

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

Firme na ideia de *living Constitution*, a Corte Warren consagrou que, àquela altura dos acontecimentos sociais e políticos, a cláusula constitucional da *equal protection of laws* deveria ganhar uma nova interpretação no sentido de declarar qualquer política de segregação racial inconstitucional. Essa seria a única forma de proteger os valores constitucionais *da época*.<sup>129</sup> Contudo, como se esperava, os estados sulistas não concordaram com a Corte, muito ao contrário, eles promoveram uma intensa reação, chamada de “resistência em massa”,

---

<sup>128</sup> Sobre as “circunstâncias” de *Brown* antes da Corte Warren, cf. POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. pp. 21/25: o autor destaca o papel de Frankfurter nesse processo de postergação do julgamento – contra a segregação racial, mas com disposição para ser deferente à discricionariedade política dos estados, ele estaria, acima de tudo, “preocupado com o prestígio da Corte. De sua perspectiva, era essencial que qualquer decisão fosse unânime”, e essa unanimidade seria impossível na Corte Vinson.

<sup>129</sup> BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, p. 50: “Em decidir *Brown*, a Suprema Corte cumpriu seu papel mais fundamental em nossa democracia, aquele de guardião de nossa Constituição”.

dirigida a impedir a implementação da decisão.<sup>130</sup> Esses estados acusaram a Corte Warren de praticar “ativismo judicial ilegítimo” – *Brown* teria sido uma decisão errada, um caso de “abuso de poder judicial” e exemplo de “corte federal legislando”. Essa “resistência” configurou o “mais poderoso desafio, desde a Guerra Civil, à própria legitimidade da Suprema Corte e ao Estado de direito.”<sup>131</sup> Para esses estados, toda e qualquer resistência contra *Brown* seria legítima – e eles não economizaram.<sup>132</sup>

A Suprema Corte, em nova decisão,<sup>133</sup> delegou às cortes distritais a tarefa de implementar *Brown* e acabar com a segregação racial nas escolas. Porém, a “resistência massiva”, que incluía o uso de violência para a desobediência às decisões judiciais, estava tendo sucesso em impedir a atuação concreta do julgado. Juízes distritais temiam mesmo por suas vidas. O ponto máximo da resistência veio com o incidente na cidade de Little Rock, no estado segregacionista do Arkansas, no ano de 1957. O governador Orval Faubus utilizou a Guarda Nacional do estado para impedir que nove estudantes negros entrassem em uma escola secundária da cidade, antes exclusiva “de brancos”. Tornou-se então necessária a intervenção do Governo Federal.

O Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, enviou tropas do Exército para a cidade e, dessa maneira, assegurou a entrada dos estudantes negros na escola de Little Rock. Para Eisenhower, estava em jogo saber “se o direito federal ou estadual era supremo”, sendo então imperioso intervir em favor

---

<sup>130</sup> A “resistência” teve como ponto de partida principal o “Manifesto dos Estados do Sul” – um documento assinado por todos os senadores e congressistas dos onze estados segregacionistas, proclamando que *Brown* era “contrária à Constituição”.

<sup>131</sup> HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 15.

<sup>132</sup> Sobre o conjunto de medidas legais e extralegais que compuseram a “resistência massiva”, cf. POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. pp. 57/74.

<sup>133</sup> A decisão ficou conhecida como *Brown II* – 349 US 294 (1955).

da execução da doutrina de *Brown* até “para manter a supremacia federal”.<sup>134</sup> Sem essa intervenção do Executivo federal, *Brown* enfrentaria um caminho muito mais longo e tortuoso para tornar-se uma realidade concreta.<sup>135</sup>

Todo esse conjunto de dificuldades em implementar *Brown* colocou em dúvida a capacidade da Suprema Corte de ser um “paradigma de sucesso na estratégia de transformação social”. Para Gerald Rosenberg, a lição de *Brown* é que “apenas quando Congresso e o Poder Executivo atuaram em conjunto com as cortes as mudanças ocorreram”, de forma que, “em termos de efeitos judiciais”, *Brown* é paradigma da visão de que “cortes são impotentes para produzir significante reforma social”.<sup>136</sup> Essa conclusão de Rosenberg encerra exageros e subestima o potencial transformativo de decisões cruciais e desafiadoras em favor das liberdades fundamentais. Problemas com a implementação de decisões controvertidas não excluem a relevância social e política da função judicial. Ademais, Hamilton, há muito, já havia advertido que o Judiciário “não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa”.<sup>137</sup> Mas

---

<sup>134</sup> BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. Op. cit., p. 58.

<sup>135</sup> Depois das tropas federais intervirem para assegurar a entrada dos estudantes negros, a Comissão Municipal de Educação de Little Rock pediu a postergação do processo de integração racial por trinta meses em razão da ainda contínua hostilidade do governo, do legislador e da comunidade do Arkansas. Em setembro de 1958, em *Cooper v. Aaron* (358 U.S. 1, 18 [1958]), o pedido de postergação de Little Rock chegou à Suprema Corte. A Corte negou inequivocamente a postergação. Seus juízes, por unanimidade e assinando individualmente o voto, afirmaram o “dever constitucional de obediência às suas decisões”. Citando *Marbury*, a Suprema Corte reclamou o princípio da *supremacia do judiciário federal na interpretação da Constituição*, de modo que “a interpretação da XIV Emenda enunciada por esta Corte no caso *Brown* é a *supreme law of the land*”. A afirmação de supremacia judicial de *Cooper* foi necessária diante do contexto de execução de *Brown*. Cf. BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. Op. cit., pp. 60/63.

<sup>136</sup> ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Op. cit., pp. 70/71.

<sup>137</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista. 2ª ed.* Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005, p. 470.

isso apenas destaca, como afirmado anteriormente, a importância do alinhamento de forças políticas para o sucesso da execução de decisões judiciais cruciais, e não a irrelevância do papel das cortes que proferem essas decisões.

É correto defender a importância da política para decisões como *Brown* e, ao mesmo tempo, recusar argumentos que desprezam o papel social de juízes e cortes. Como disse Morton Horwitz, não obstante suas dificuldades de execução, *Brown* cumpriu um papel fundamental e “serviu como um catalisador para o movimento dos direitos civis.”<sup>138</sup> Ela foi uma decisão legítima sob o ponto de vista moral e constitucional, mas foi ativista no sentido de negar aos estados o poder de decisão sobre um tema crucial para suas respectivas sociedades e depois de mais de meio século de plena autonomia sob a doutrina do *separate but equal*. Como disse Lucas Powe Jr., “até então nenhuma corte havia ordenado que uma sociedade fosse refeita”.<sup>139</sup> Daí porque todas as dificuldades para sua implementação. O poder político foi então decisivo, mas atuou na sequência da Suprema Corte. Na verdade, política federal e Suprema Corte atuaram em conjunto em favor da igualdade entre brancos e negros.

*Brown* inaugurou a *Warren Era*, definiu muito bem o que viria a ser a jurisprudência constitucional da Corte em face da maioria governante, principalmente, na década seguinte e para a proteção das liberdades fundamentais e dos direitos de igualdade. Ela foi o marco do ativismo judicial liberal. Depois de *Brown*, a Corte Warren, em diferentes situações, expandiu direitos individuais e buscou tornar mais justo e igualitário o processo democrático norte-americano: primeiro ela atuou onde a Corte Roosevelt havia capitulado e impôs limitações às leis de “segurança nacional”, típicas da *McCharthy Era*;<sup>140</sup> depois, nos

---

<sup>138</sup> HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 15.

<sup>139</sup> POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 51.

<sup>140</sup> *Cole v. Young*, 351 U.S. 536 (1955); *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497



destacados *Reapportionment Cases*,<sup>141</sup> a Corte interveio, também pautada na *equal protection clause*, nas delimitações inadequadas dos distritos eleitorais e na distribuição desproporcional dos assentos legislativos federais, estaduais e locais (a ideia de “one person, one vote”), seguindo velha posição de Black e superando antigo voto vencedor de Frankfurter da não justiciabilidade da matéria pela doutrina das “questões políticas”.<sup>142</sup>

Na hipercontrovertida *Griswold v. Connecticut*,<sup>143</sup> a Corte opôs ao legislador estadual um direito constitucional à privacidade para julgar inconstitucional lei que estabelecia a proibição do uso de contraceptivos por casais casados; em *Engel*, deixou clara a separação entre o Estado e a Igreja e julgou inconstitucional a imposição de *oração oficial* em escolas públicas, por violação à liberdade religiosa inerente a todos os cidadãos;<sup>144</sup> e ainda fortaleceu a liberdade de expressão e de imprensa, assim como o direito fundamental de todo cidadão poder criticar o governo, em decisões como *Sullivan*.<sup>145</sup>

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

---

(1956); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

<sup>141</sup> *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

<sup>142</sup> Cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 160.

<sup>143</sup> 381 U.S. 479 (1965). Hipercontrovertida não em seu resultado, mas por sua doutrina de afirmação do direito constitucional e fundamental à privacidade. Essa doutrina seria depois utilizada pela Corte Burger para afirmar o direito ao aborto.

<sup>144</sup> *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Scholl District of Abington v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

<sup>145</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

repercussão em suas decisões sobre matéria penal.

Em *Mapp v. Ohio*,<sup>146</sup> a Corte assegurou aos acusados de crimes a proibição do uso de provas ilícitas por autoridades estaduais; em *Gideon*, foi garantido aos acusados o direito constitucional à assistência de advogados;<sup>147</sup> a Corte ainda constitucionalizou o direito à não-autoincriminação,<sup>148</sup> a processos e julgamentos céleres,<sup>149</sup> dentre outras garantias penais contra os estados; em *Miranda v. Arizona*,<sup>150</sup> mais controvertido exemplo do ativismo judicial da Corte Warren no campo penal, foi julgada ilegítima a confissão obtida de acusado que não fosse previamente advertido pelas autoridades policiais estaduais sobre seus direitos a permanecer em silêncio e à assistência de um advogado. Muitas dessas decisões foram depois associadas pelo discurso Republicano conservador ao então aumento da criminalidade.<sup>151</sup>

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

Por outro lado, sua jurisprudência ativista também fez com que a Corte Warren fosse acusada de usurpar o poder das instituições políticas e de decidir apenas orientada aos resultados favorecidos pelos intelectuais de esquerda e pela coalizão

---

<sup>146</sup> 367 U.S. 643 (1961).

<sup>147</sup> *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

<sup>148</sup> *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

<sup>149</sup> *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967).

<sup>150</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

<sup>151</sup> POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. pp. 495/496.

liberal que, na época, dominavam a política do país. A Corte, disseram os críticos, com seus juízes “profetas” e “herdeiros do *New Deal*”, teria promovido uma “anarquia constitucional”.<sup>152</sup> Segundo Robert Bork, a Corte Warren foi a “mais política e imperialista da história Americana”.<sup>153</sup> Chegaram então a hora e a vez de os conservadores reagirem ao ativismo judicial liberal. Era a vez da *contrarrevolução Republicana* e do *ativismo judicial conservador*.

#### 4.3.A CONTRARREVOLUÇÃO REPUBLICANA: NIXON, REAGAN, BURGER, REHNQUIST, SCALIA E O ATIVISMO JUDICIAL CONSERVADOR

Earl Warren aposentou-se em 1969, todavia, muito da doutrina liberal e igualitária da Corte Warren superou esse tempo. O exemplo mais dramático foi *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte, em 1973 e presidida por Warren Burger (*Burger Court*), reconheceu o direito constitucional ao aborto com fundamento no *direito de privacidade* elaborado pela Corte Warren em *Griswold*.<sup>154</sup> Considerando a justificação de *Roe* em *Griswold*, torna-se compreensível porque Robert Bork chamou essa última decisão como a “construção de uma bomba-relógio constitucional”.<sup>155</sup>

Sob essa perspectiva, Frederick Lewis disse que o ativismo judicial da Corte Warren pode ser considerado um sucesso, haja vista que as “realizações doutrinárias principais do período têm largamente sobrevivido e se tornado aceitas como

---

<sup>152</sup> CARTER, John Denton. *The Warren Court and the Constitution. A Critical Vision of Judicial Activism*. Gretna: Pelican Publishing Company, 1973, pp. 40-112-121.

<sup>153</sup> BORK, Robert. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Op. cit., pp. 78/79.

<sup>154</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>155</sup> BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990, pp. 95-100.

uma parte integral da América moderna”.<sup>156</sup> Sem dúvida, muitas das decisões ativistas da Corte Warren, notadamente em matéria de igualdade formal e de direitos e liberdades civis, tornaram-se uma parte importante da cultura norte-americana. Contudo, o trabalho da Corte, de um modo geral, foi alvo de vigorosas críticas por parte da comunidade política conservadora.

Segundo os conservadores, em vez de seguirem o significado original da Constituição, os liberais da Corte teriam distorcido esses significados para impor seus valores morais e políticos e sua agenda liberal. Eles *leram* a Constituição de acordo com seus sentidos morais individuais, substituindo as intenções dos “pais fundadores” pelas próprias concepções sobre o bom e o adequado para a sociedade norte-americana. A Corte Warren teria criado poderes e direitos sem apoio na Constituição (*legislating from the bench*) e por isso a julgam como o “zênite da natureza política da Suprema Corte”.<sup>157</sup>

Em suma, para os conservadores, a Corte Warren foi imperialista, política, liberal e ativista demais. Superar os precedentes ativistas e liberais da Corte Warren tornou-se uma obsessão do Partido Republicano e de seus Presidentes mais conservadores, principalmente Richard Nixon e Ronald Reagan. Se a Corte Warren foi uma *revolução constitucional*, então era necessária uma *contrarrevolução constitucional* e a estratégia era de todo conhecida: a ação política do Presidente na formação da Suprema Corte. Os Republicanos povoariam a Corte com juízes conservadores que concordavam com a ideia de que a Corte Warren representou *tudo aquilo que a Suprema Corte não deve ser*. À medida que o Partido “gradualmente tornava-se mais ideologicamente homogêneo e conservador”,<sup>158</sup> cresci-

---

<sup>156</sup> LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 25.

<sup>157</sup> BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., p. 348.

<sup>158</sup> TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. Op. cit., p. 110.

am as condições favoráveis para o sucesso da estratégia. Bastava aos Presidentes *acertar a mão*.

O projeto *contrarrevolucionário* conservador teve início com Richard Nixon (1969-1974), que, em suas campanhas presidenciais, condenou o ativismo judicial da Corte Warren e prometeu nomear juízes adeptos de uma “strict construction” da Constituição e de uma “filosofia de restrição judicial” – em suas palavras: “juízes que interpretam o direito e não tentam fazer o direito”.<sup>159</sup> O propósito substantivo principal de Nixon era o de superar os precedentes sobre as garantias dos acusados em procedimentos e processos criminais, haja vista o crescente clima de violência instaurado no país e que foi associado a decisões como *Mapp* e *Miranda*. Era sua defesa das “forças de paz” e da política *law and order*.

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

O bloco liberal da Corte ainda perderia, em 1975, o “campeão do ativismo judicial”, William Douglas. O presidente Ford, que assumiu depois da renúncia de Nixon, porque estava pressionado por uma maioria Democrata no Senado, acabou nomeando um juiz apenas moderado, John Paul Stevens, que se revelaria um importante juiz liberal e que serviu na Cor-

---

<sup>159</sup> O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. Op. cit., p. 57.

te até o ano 2010. Em 1981, foi feita a última nomeação para a Corte Burger, a da juíza Sandra Day O'Connor para a vaga do centrista Potter Stewart. Essa nomeação foi feita por Ronald Reagan já no início do seu primeiro mandato (1981-1985), cumprindo promessa que havia feito no sentido de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte. Em razão da postura liberal ou moderada que assumiram alguns desses juízes e também da permanência de Brennan e Marshall – liberais remanescentes da Corte Warren – Nixon não alcançou sucesso em formar uma base conservadora sólida na Corte. No máximo, ele conseguiu minimizar o avanço liberal da Suprema Corte ao aumentar a fragmentação ideológica de sua composição.

A Corte Burger, atuando em um cenário sociopolítico que se tornava progressivamente conservador, minimizou os precedentes liberais da Corte Warren em matéria de procedimentos criminais. Ela não superou, mas limitou o alcance de precedentes como as decisões sobre ilicitudes de provas,<sup>160</sup> as garantias estabelecidas em *Miranda*<sup>161</sup> e, embora tenha oscilado em relação à pena de morte, no final afirmou sua constitucionalidade.<sup>162</sup> Essas decisões frearam o avanço das decisões liberais da *Warren Era* em questões criminais, satisfazendo em alguma medida o propósito de *law and order* de Nixon.

Contudo, considerando o conjunto da obra da Corte Burger, é certo dizer que a *contrarrevolução constitucional* não ocorreu.<sup>163</sup> Com sua jurisprudência inconsistente,<sup>164</sup> a Corte

---

<sup>160</sup> *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>161</sup> *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

<sup>162</sup> *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

<sup>163</sup> BLASI, Vincent (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. New Haven: The Yale University Press, 1983.

<sup>164</sup> Prova de sua inconsistência é que, embora tenha reconhecido o direito constitucional ao aborto em *Roe*, julgou constitucional a recusa municipal de realizar aborto não terapêutico em hospitais públicos (*Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 [1977]) e a limitação de financiamento pelos estados de abortos não terapêuticos (*Beal v. Poe*, 432 U.S. 438 [1977]; *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 [1980]).

Burger foi realmente menos liberal do que a Corte Warren – por exemplo, ela assumiu uma posição bastante conservadora face aos direitos dos homossexuais em *Bowers*,<sup>165</sup> julgando válida lei estadual que criminalizou o sexo oral e anal entre homossexuais. Não obstante, ela foi bem menos conservadora do que esperavam Nixon e os Republicanos e do que temiam os liberais. Para alguns autores, o comprometimento natural de juízes conservadores com a doutrina do *stare decisis*<sup>166</sup> foi um fator institucional decisivo para a Corte Burger não superar os precedentes liberais da *Warren Era* na extensão desejada pelos Republicanos.<sup>167</sup> Em geral, a Corte Burger, para além de *Roe*, manteve e até avançou, em alguma medida, a doutrina liberal da Corte Warren em decisões sobre liberdade de expressão (publicidade comercial, financiamento de campanha eleitoral, etc),<sup>168</sup> segregação racial,<sup>169</sup> discriminação de gênero<sup>170</sup> e ações afirmativas.<sup>171</sup>

Por sua vez, o objetivo de Nixon, cantado em verso e prosa, de pôr fim ao ativismo judicial da Suprema Corte também não foi alcançado. A maioria dos juízes nomeados para a Corte Burger não adotou as posturas de “strict construction” e de restrição judicial que Nixon apontou como critérios de suas nomeações. Muito ao contrário, com alguma diferença de grau,

---

<sup>165</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>166</sup> *Stare decisis (to stand by things decided)* é a doutrina do precedente norte-americana, “pela qual é necessário para uma corte seguir decisões judiciais anteriores quando as mesmas questões são levantadas em litígio” (GARNER, Bryan A (Ed.). *Black’s Law Dictionary*. 8ª ed. St. Paul: West, 2004, p. 1.443).

<sup>167</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 307.

<sup>168</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980); *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

<sup>169</sup> *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 US 1 (1971).

<sup>170</sup> *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975); *Thornburger v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

<sup>171</sup> *Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

os juízes da Corte Burger foram ativistas como haviam sido anteriormente os juízes da Corte Warren: reconheceram status constitucional a direitos não claramente previstos no texto constitucional e faltaram com deferência institucional ao legislador federal ou estadual.<sup>172</sup> *Roe* foi o mais destacado exemplo.

Contudo, há um ponto importante que diferencia o ativismo judicial das Cortes Warren e Burger. Diferente da Corte Warren, cujo ativismo tinha uma *cor ideológica*, o ativismo da Corte Burger foi *incolor*. Apesar de *Roe*, a Corte Burger não buscou avançar uma filosofia política específica, nem se dispôs a transformações sociais, mas praticou um ativismo pragmático, até mesmo contingente. Essa falta de direção ideológica pode ter sido uma estratégia diante do ambiente sociopolítico ora em transformação como também pode ser explicada por fatores endógenos, ligados às falhas de Nixon na composição da Corte: a concentração de uma maioria moderada e persuasiva no *centro*, e não nos extremos do espectro ideológico da Corte; ou a liderança insuficiente de seu *Chief Justice* (Burger).<sup>173</sup>

De qualquer modo, o ativismo judicial ideologicamente indefinido, ou, como disse Vicent Blasi, o *ativismo sem raízes* (*rootless activism*)<sup>174</sup> da Corte Burger, pareceu mais uma transição entre o ativismo liberal da Corte Warren e o ativismo conservador que estava por vir com as sucessivas Cortes Rehnquist e Roberts – não por coincidência, o sistema político e a sociedade também estavam em transição. A avaliação jurisprudencial dessas últimas “Cortes” revelará que a sequência da ação dos *contrarrevolucionários Republicanos* em face do ativismo liberal da Corte Warren não conduziu a uma postura de

---

<sup>172</sup> Como ditto anteriormente, a Corte Burger foi autorrestritiva, ao menos, em seu respeito aos precedentes.

<sup>173</sup> GOLDSTEIN, Joel K. *Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice*. *Stetson Law Review* Vol. 40 (3), pp. 736/737.

<sup>174</sup> BLASI, Vincent. *The Rootless Activism of the Burger Court*. In: \_\_\_\_\_. (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. Op. cit., p. 198.



“strict construction” e de “filosofia de restrição judicial”, e sim a mais ativismo judicial, que apenas oscilou, e gradualmente *mudou de lado... de novo!*

Assim como Nixon, Ronald Reagan (1981-1989) também condenou em suas campanhas presidenciais o ativismo judicial de “cortes e juízes que legislam” e prometeu nomear apenas juízes que adotassem uma “filosofia de restrição judicial”.<sup>175</sup> Além das decisões da Corte Warren, também as decisões da Corte Burger, que mantiveram ou mesmo avançaram algumas posições liberais de sua antecessora, principalmente *Roe*,<sup>176</sup> eram os alvos de Reagan. Os temas principais de sua agenda *contrarrevolucionária* eram a questão do aborto, a volta da oração oficial nas escolas e o fortalecimento dos estados. Reagan promoveu uma verdadeira *cruzada conservadora* contra o ativismo judicial liberal da Era Warren e apresentou o *originalismo* como sua ferramenta metodológica *contrarrevolucionária*.

Foi Edwin Meese III, advogado-geral de Reagan em seu segundo mandato e grande crítico da Corte Warren,<sup>177</sup> que introduziu no discurso do Partido Republicano a ideia de uma “jurisprudência da intenção original” dos *founding fathers* – o originalismo – como única prática legítima de interpretação da Constituição, em oposição à jurisprudência da Corte Warren

---

<sup>175</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* Vol. 42, 2007, p. 381.

<sup>176</sup> KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 161.

<sup>177</sup> Cf. MEESE III, Edwin. *The Law of the Constitution*. *Tulane Law Review* Vol. 61 (5), 1987, pp. 979/990. Para o autor, a Corte Warren teve momentos de arrogância institucional, como em *Cooper v. Aaron*, onde os juízes por unanimidade afirmaram a *supremacia judicial* no sentido das decisões da Corte serem “the supreme law of the land” (358 U.S. 1, 18 [1958]). Contudo, como exposto no tópico anterior (nota de rodapé nº 164), tendo em vista que o pano de fundo do caso era a insistência de alguns estados em desrespeitar o decidido em *Brown* e em praticar a integração racial nas escolas, a Corte não teve alternativa senão afirmar sua *supremacia judicial* e o dever inafastável dos estados de seguir suas decisões como *lei superior*.

que via a Constituição como um *documento vivo* – *living constitution* – cujos significados devem ser sensíveis às transformações sociais. Segundo Meese, os juízes devem ser “guiados pelo texto [da Constituição] e por seu sentido original”<sup>178</sup> e, por isso, a Corte Warren teria atuado ilegítima e politicamente em se afastar dos significados originais do Texto Constitucional para “descobrir” direitos. Meese defendia que o originalismo é o único método de interpretar a Constituição que se mostra adequado para a Corte adotar uma postura legítima de autorrestrrição judicial, separando objetivamente *Direito e Política*.

Havia algo também de estratégico na defesa de Meese em favor do originalismo: a possibilidade de superar o obstáculo do *stare decisis*, que teria impedido a Corte Burger de superar os precedentes liberais da Corte Warren. De acordo com Robert Bork, um dos pais do originalismo, “dizer que cortes anteriores permitiram, ou iniciaram, deformações da Constituição não é bastante para outorgar uma permissão para cortes do presente e do futuro a fazer a mesma coisa” e, por isso, sob a perspectiva do entendimento original da Constituição, será sempre possível superar precedentes como *Roe*, cujos resultados e princípios informadores são inaceitáveis pela comunidade política de qualquer época.<sup>179</sup> O originalismo tornaria a superação de precedentes errados compatível com a tarefa da Suprema Corte de preservar a Constituição. Com a “estratégia metodológica” do originalismo, Ronald Reagan buscaria uma Suprema Corte que pudesse, enfim, prevalecer onde a Corte Burger falhou.

Meese colocou “a transformação da Suprema Corte no topo de sua agenda” e propôs compô-la com verdadeiros conservadores e defensores da interpretação original da Constitui-

---

<sup>178</sup> MEESE III, Edwin. Toward a Jurisprudence of Original Intent. *Harvard Journal of Law & Public Policy* Vol. 11 (1), 1988, p. 10.

<sup>179</sup> BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., pp. 155/158.

ção.<sup>180</sup> Como dito antes, em seu primeiro mandato, Reagan cumpriu a promessa que havia feito de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte e assim nomeou Sandra Day O'Connor (1981) que, ao longo de sua carreira na Corte (1981-2006), provou não ser uma conservadora de extrema direita, embora tenha, na maior parte das vezes, votado com os conservadores. No entanto, em seu segundo mandato (1985-1989), Reagan pôde seguir as perspectivas defendidas por Edwin Meese III e suas nomeações configuraram passos largos e firmes para a formação de uma jurisprudência mais conservadora da Suprema Corte.<sup>181</sup>

O ex-presidente deu início à formação da controvertida Corte Rehnquist em 1986, com a saída de Warren Burger. Ele elevou William Rehnquist, o juiz mais conservador da Corte Burger, ao cargo de *Chief Justice* e nomeou para seu lugar como *Associate Justice* um dos preferidos de Meese, o católico ultraconservador Antonin Scalia, que logo se tornaria o líder intelectual do originalismo na Suprema Corte.<sup>182</sup> No ano seguinte, para a vaga de Powell Jr., Reagan falhou na nomeação do outro preferido de Meese, Robert Bork. Ultraconservador e defensor ferrenho do originalismo,<sup>183</sup> Bork enfrentou o Senado majoritariamente Democrata e sua nomeação não foi confirmada.<sup>184</sup> Então, Reagan nomeou o juiz conservador, embora não radical, Anthony Kennedy (1988), que foi aceito por unanimidade pelo Senado. Kennedy, conquanto mude às vezes de *lado*

<sup>180</sup> TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Op. cit., pp. 21/22.

<sup>181</sup> Em sentido contrário, dizendo que as nomeações de Nixon tiveram maior impacto, cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 217.

<sup>182</sup> Cf. SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review* Vol. 57 (3), 1989, pp. 849/865.

<sup>183</sup> BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*. Vol. 47 (1), pp. 1/35. Idem, *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., p. 167 et seq.

<sup>184</sup> Sobre o fracasso da nomeação de Robert Bork, cf. O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. Op. cit., pp. 74/77

*ideológico (swing voter)*, vota majoritariamente com a ala conservadora. Já Scalia é a quintessência do conservadorismo até os dias de hoje.

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

Barry Friedman identifica três “distintas personalidades” da Corte Rehnquist,<sup>185</sup> que variaram conforme alterações em sua composição. A “primeira Corte” (1986-1992), marcada por profundas transformações em sua composição, voltou-se mais para questões sociais. Com os *juízes do centro* preocupados em proteger a integridade institucional da Corte, a maioria tomou decisões moderadas sobre esses temas: ela não superou *Roe*, mas admitiu restrições ao direito de aborto (*Casey case*);<sup>186</sup> foi cautelosa em não eliminar a prática de ações afirmativas, entretanto sujeitou essas medidas a juízos mais rigorosos de constitucionalidade;<sup>187</sup> mas manteve a inconstitucionalidade da imposição de oração oficial nas escolas públicas.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Op. cit., pp. 324/343.

<sup>186</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>187</sup> *City of Richmond v. J.A. Croson*, 488 U.S. 469 (1989).

<sup>188</sup> *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

Depois de decidir *Casey*, a Corte Rehnquist entrou em uma fase muito mais conservadora. A “segunda Corte Rehnquist” (1993-2002) foi a da jurisprudência do “Novo Federalismo”: avançando programas lançados pela *cruzada conservadora* de Reagan e pautada na interpretação original da Constituição (originalismo), ela aumentou o poder dos estados em detrimento do Congresso Nacional e do próprio Judiciário Federal. Durante esse período, com uma frequência única na história da Suprema Corte, a Corte Rehnquist julgou dezenas de leis federais inconstitucionais, todas oriundas de um Congresso majoritariamente Democrata. Em uma série de decisões muito impactantes, iniciada por *Lopez*,<sup>189</sup> a Suprema Corte superou uma concepção de federalismo consolidada desde o triunfo do *New Deal* e impôs sérios limites aos poderes do Congresso em face dos estados sob a *Commerce Clause*. Nesse mesmo sentido, a Corte ainda assegurou a “imunidade soberana” dos estados em vista de leis federais que os sujeitassem a processos judiciais.<sup>190</sup>

*Bush v. Gore* foi a grande marca desse período. Em uma das decisões mais controvertidas de sua história e por meio de uma divisão de votos que espelhou não só sua divisão ideológica, mas sobretudo partidária, a Suprema Corte, pautada na *equal protection clause* da XIV Emenda, definiu por 5 a 4 os rumos da eleição presidencial de 2000, assegurando a George W. Bush a vitória. Essa decisão retratou bem como a maioria da Suprema Corte, naquele momento, havia avançado no sentido dos propósitos do Partido Republicano e das forças políticas conservadoras do país.<sup>191</sup> E isso apesar dos oito anos seguidos

---

<sup>189</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

<sup>190</sup> *Semiole Tribe of Fla. V. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999).

<sup>191</sup> *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Cf. DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. New York: New Press, 2002. Nas eleições presidenciais de 2000, houve um impasse na contagem de votos do Estado da Flórida, haja vista a primeira apuração ter apontado para uma vitória do candidato Republicano, George W. Bush, por

de governo democrata por Bill Clinton. A agenda da Suprema Corte era, afinal, predominantemente conservadora... outra vez, ainda que não tenha retrocedido inteiramente os avanços liberais de períodos anteriores.

O professor Friedman fez um diagnóstico interessante desse período, no sentido de que liberais e conservadores teriam voltado “para seus papéis de, respectivamente, desafiadores e defensores da Corte”.<sup>192</sup> Era a volta do pêndulo. Todavia, surpreendentemente, a Corte Rehnquist entrou em uma terceira e última fase marcada pela suavização de sua jurisprudência conservadora, por posições mais liberais e igualitárias e de enfrentamento à obsessão de poder supremo do Governo Bush. Em decisões marcantes, ela impôs limites às medidas antiliberais do governo em sua *Guerra ao Terror*,<sup>193</sup> assegurou direitos de privacidade aos homossexuais em *Lawrence*,<sup>194</sup> superando assim o precedente odioso da Corte Burger em *Bowers*, e ainda defendeu a procedência de medidas afirmativas raciais.<sup>195</sup>

Em uma análise geral, Barry Friedman diz que a Corte Rehnquist recebeu críticas tanto de liberais como de conservadores.<sup>196</sup> É verdade que a Corte não cumpriu inteiramente a agenda conservadora *contrarrevolucionária* até porque não

---

uma margem menor que 0,5%, sobre o candidato Democrata, Al Gore. Essa margem ínfima, segundo a legislação estadual, autoriza a recontagem manual dos votos se requerida. Al Gore pediu essa recontagem nos municípios que normalmente votavam com os Democratas e à medida que a recontagem ocorria, a margem de vitória de Bush era ainda mais reduzida, com tendência ao final de ser revertida. O problema era que o prazo legal de anúncio do resultado iria expirar. A Suprema Corte da Flórida autorizou que esse prazo fosse estendido – *e foi acusada por muitos de praticar ativismo judicial* – mas a Suprema Corte suspendeu a decisão da Corte estadual, paralisando a recontagem. Com essa medida, a Suprema Corte decretou em definitivo a vitória de Bush – *e foi acusada por muitos mais de praticar ativismo judicial*.

<sup>192</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 337. Ele está se referindo ao período pré-*New Deal*.

<sup>193</sup> *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld* 542 US 507 (2004).

<sup>194</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>195</sup> *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

<sup>196</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 323.

satisfez sua principal obsessão: superar *Roe*; tomou decisões sobre direitos dos homossexuais que deixaram os conservadores furiosos e que muitas de suas decisões foram tomadas pela maioria apertada de 5 a 4, dependendo dos *swing votes* de O'Connor ou Kennedy, mostrando que o bloco conservador não foi tão sólido assim.<sup>197</sup> Porém, é inegável que, com o conjunto jurisprudencial da Corte Rehnquist, a Constituição ganhou muito mais a direção conservadora perseguida pelo Partido Republicano do que comparado às decisões da Corte Burger. Desse modo, o tom crítico dominante não pode ser considerado equilibrado – foi a esquerda liberal, sem dúvida, a mais forte opositora à jurisprudência da Corte Rehnquist.

No entanto, as críticas dos autores liberais não apresentaram conteúdo nem sentido uniformes. Um grupo desses autores – como Ronald Dworkin, Laurence Tribe e Owen Fiss – condenou a jurisprudência da Corte Rehnquist por sua direção conservadora, mas manteve o entendimento favorável sobre o papel relevante da Suprema Corte como intérprete da Constituição no sistema político-democrático norte-americano.<sup>198</sup> A crítica era aos resultados concretos, não ao espaço de atuação político-institucional da Corte.

De outro modo, outro grupo de autores – como Mark Tushnet, Larry Kramer e Cass Sunstein – dirigiu críticas, em diferentes graus, não apenas à orientação conservadora das decisões, mas também ao ativismo judicial como filosofia de

---

<sup>197</sup> Cf. RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary* Vol. 24 (1), 2007, p. 55.

<sup>198</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; Idem. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006; TRIBE, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 21 et seq; Idem. *The Invisible Constitution*. Op. cit.; FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 452/467; Idem. The History of an Idea. *Fordham Law Review* Vol. 78 (3), 2009, pp. 1.273/1.280.

adjudicação. Esse grupo propôs restringir e até mesmo eliminar o espaço de interpretação constitucional da Suprema Corte. Contudo, é de se questionar se suas críticas teriam esse mesmo tom caso as decisões estivessem, ao contrário, avançando propósitos liberais.<sup>199</sup> Ou seja, é possível que a reação desses autores liberais à postura adjudicatória da Suprema Corte tenha sido apenas contingente aos seus pontos de vista políticos e morais, de modo que a oposição ao ativismo judicial, na realidade, não fora conduzida “em termos de seus benefícios e custos no abstrato, mas em termos de seu conteúdo ideológico”.<sup>200</sup> Atitudinais ou não, eram os liberais – novamente – que estavam exigindo autorrestrrição judicial.

Dentre os ataques mais radicais à Suprema Corte, feita por esses “acadêmicos liberais”,<sup>201</sup> destacaram-se os de Mark Tushnet. Diante das ameaças às conquistas liberais da Era Warren, o professor de Harvard propôs uma emenda constitucional que retirasse das cortes o poder da *judicial review*, de modo que o direito constitucional saísse das mãos de advogados e juízes e ficasse apenas “nas mãos do *people themselves*”.<sup>202</sup> É a ideia de “constitucionalismo popular”. Larry Kramer também defendeu a ideia de que o povo deve ser o titular de fato da palavra final sobre os significados constitucionais, e não as cortes. Contudo, ele não pediu o fim da *judicial review*, apenas da prática de *supremacia judicial* ou mesmo de *exclusividade judicial* – a condição da Suprema Corte como titular da *palavra final* ou mesmo da *única palavra* sobre o que significa a Cons-

---

<sup>199</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 343.

<sup>200</sup> BAUM, Lawrence. *American Courts. Process and Policy*. 6ª ed. Boston: Wadsworth, 2008, p. 291.

<sup>201</sup> 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.

<sup>202</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 175-182; a emenda: “The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court.” Cf., principalmente, TUSHNET, Mark. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. Op. cit.



tituição.<sup>203</sup>

Kramer acusou a Corte Rehnquist de rejeitar a noção de constitucionalismo popular e de se afirmar “o *único* órgão com poderes de interpretar a lei fundamental com autoridade”. Para o autor, a jurisprudência da Suprema Corte pós-*New Deal*, inclusive da Corte Warren, harmonizou supremacia judicial e constitucionalismo popular, haja vista ter protegido direitos individuais e das minorias sem que deixasse de ter atenção ao papel e ao espaço dos poderes políticos. O ativismo judicial da Corte Warren teria “preservado o espaço reservado ao constitucionalismo popular ao tempo do *New Deal*”. Ao contrário, a Corte Rehnquist se colocou como o “rei do pedaço” – seu ativismo “explicitamente deneg[ou] ao povo *qualquer* papel na determinação do progressivo significado de sua constituição” e, por isso, deve ser julgado como o exemplo mais perverso de *soberania judicial*.<sup>204</sup>

E com certeza, *Bush v. Gore* é o exemplo mais apontado dessa perversidade.<sup>205</sup> O uso da *equal protection clause* da XIV Emenda para justificar a “infame decisão” é tido como um forte indício de que as posições assumidas pelos conservadores da Corte podem resultar mais de seus comprometimentos com a visão da política norte-americana pós-1968 (a partir de Nixon) que com o sentido de fidelidade ao entendimento original do texto constitucional.<sup>206</sup> Cass Sunstein disse que “*Bush v. Gore*

---

<sup>203</sup> KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Op. cit.

<sup>204</sup> KRAMER, Larry. We The Court. *Harvard Law Review* Vol. 115 (1), 2001, pp. 128/130.

<sup>205</sup> DWORKIN, Ronald. Introduction. In: \_\_\_\_\_. (Ed.) *A Badly Flawed Election*. Op. cit., p. 64: o autor acusou a maioria conservadora da Corte Rehnquist, em *Bush v. Gore*, de intervir no processo democrático não como uma “questão de princípio constitucional”, mas sim como reflexo de um “autointeresse profissional”.

<sup>206</sup> Alguns autores destacam que, apesar de todo o potencial crítico da decisão, a Corte não sofreu qualquer abalo em seu prestígio institucional; cf. FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., pp. 323/324; SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. New Haven: Yale University Press, 2001, p. 3.

pode bem ser tida como um símbolo da tendência da Corte na direção do ativismo judicial de direita, e certamente ela merece ser.”<sup>207</sup>

Para Sunstein, os Presidentes Republicanos nomearam “radicais de toga” – juízes fundamentalistas, sem qualquer interesse em restrição judicial, mas com disposição de anular os atos do Congresso e dos governos estaduais para prevalecer a plataforma Republicana; ainda que não tenham feito tudo que os “extremistas desejavam”, a Corte Rehnquist praticou um “ativismo sem paralelo na história da nação” ao declarar inconstitucionais diversas leis federais entre 1985 e 2005. E por conta da agressividade com que esses juízes incorporaram na Constituição as plataformas partidárias que defendiam os políticos que os nomearam, para Sunstein, a defesa da “strict construction” deve ser considerada, no mínimo, obscura.<sup>208</sup>

Não se pode mesmo negar que “strict construction” e “restrição judicial” não fizeram parte do universo prático da Corte Rehnquist. O originalismo não passou de uma roupagem jurídica para o propósito de transformação da Constituição na direção do conservadorismo, sendo, portanto, também mais *Política* do que *Direito*. Nas palavras de Post e Siegel, os originalistas da Corte Rehnquist “reinterpreta[ram] o passado em ordem a servir aos fins conservadores”, sendo o originalismo então a “‘living constitution’ da direita”.<sup>209</sup> O originalismo foi (e é) uma prática política *fora* e *dentro* da Corte – retórica dos políticos Republicanos para angariar apoio popular para seus projetos de transformação constitucional e justificar suas nomeações para as cortes federais; e ferramenta discursiva dos juízes conservadores para reescrever o direito constitucional na direção de suas agendas.

---

<sup>207</sup> SUNSTEIN, Cass. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. Op. cit., p. 104.

<sup>208</sup> SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. Op. cit., 2005, pp. 12/17.

<sup>209</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution. *Fordham Law Review* Vol. 75 (2), 2006, p. 566.

A prática do originalismo tem sido qualquer coisa, menos restrição judicial. Em diversas áreas, a ideologia liberal foi substituída por posições mais moderadas ou conservadoras pela Corte Rehnquist, mas o ativismo judicial foi sempre instrumental a esse processo, tendo apenas mudado de lado – não mais liberal, e sim conservador, porém, ainda assim, ativismo judicial. É nesse sentido que Erwin Chemerinsky denuncia a “hipocrisia da retórica conservadora sobre restrição judicial”: “conservadores são igualmente dispostos a ser ativistas (...) quando isso servir a sua agenda ideológica”.<sup>210</sup> Esse é o tom honesto do debate.

O contra-ataque republicano, por meio das Cortes Burger e Rehnquist, ao ativismo judicial da Corte Warren, reforça a afirmação do papel influente que a política pode cumprir na direção das decisões ativistas. Ademais, mostra também uma  *fina ironia* – os Republicanos fortaleceram a Suprema Corte para superar as doutrinas da Corte Warren, já que não poderiam fazê-lo pelo processo de emenda constitucional; mas essa estratégia produziu ativismo judicial das  *novas Cortes* e uma tensão com a própria defesa da restrição judicial feita pelo Partido. Mas isso não foi o problema! “Strict construction”, “restrição judicial” e leitura original da Constituição, na verdade, visaram apenas encobrir o verdadeiro propósito da plataforma Republicana: avançar seus fins substantivos conservadores contra os valores liberais da Era Warren. Não foi restrição judicial, mas sim, *ativismo v. ativismo*.<sup>211</sup> Essa é a lição.

## 5. O MOMENTO ATUAL DO DEBATE: DE VOLTA À LOCHNER ERA?

---

<sup>210</sup> CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010, p. 250.

<sup>211</sup> DORF, Michael C. *No Litmus Test: Law versus Politics in the Twenty-First Century*. Op. cit., p. 5: em tom jocoso, “(...) o ativismo judicial está morto; longa vida ao ativismo judicial”.

Com a morte de Rehnquist (2005) e a aposentadoria de O'Connor (2006), o segundo Bush pôde dar início a uma “nova Corte”. Repetindo seus antecessores Republicanos, Bush dizia acreditar em “strict constructionists”, em juízes “que não legislam da Corte” e “que não usam o cargo para escrever política social”, mas que apenas “interpretam estritamente a Constituição”. Ele declarou que o originalista Antonin Scalia era seu juiz preferido, mostrando todo seu “afeto” pelo originalismo e que, quando exigia “interpretação estrita da Constituição”, queria mesmo dizer “aplicação de seus significados originais”.<sup>212</sup>

Com o propósito de mover a Suprema Corte para a extrema direita, Bush nomeou John Roberts para *Chief Justice* e Samuel Alito para a vaga de O'Connor. Ele não cometeu o mesmo erro de seu antecessor, Bill Clinton, que nomeou “liberais” somente moderados (Ruth Ginsburg e Stephen Breyer).<sup>213</sup> Os escolhidos de Bush são extremistas – Roberts é tão conservador quanto Rehnquist; Alito, diferente de O'Connor, invariavelmente conservador. No Senado Federal, eles defenderam a restrição judicial – Roberts utilizou a analogia do *árbitro de beisebol (umpire)*: “Juízes são como árbitros de beisebol. Árbitros não fazem as regras; eles as aplicam”; Alito disse que o juiz deve “ser verdadeiro aos princípios expressos na Constituição, e não aos seus próprios princípios”.<sup>214</sup> Essa retórica de “juízes legalistas”<sup>215</sup> convenceu bem o Senado e suas nomeações foram aprovadas sem acidentes.

Roberts e Alito juntaram-se a Scalia e a Thomas e formaram o que Ronald Dworkin chamou de “indestrutível falange”

---

<sup>212</sup> TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Op. cit., pp. 302/303.

<sup>213</sup> SUNSTEIN, Cass. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. Op. cit., p. 77: sobre a composição da Corte que julgou *Bush v. Gore*, que decidiu a sucessão de Bill Clinton – “Existem moderados, mas nenhum liberal, na Suprema Corte dos Estados Unidos”.

<sup>214</sup> PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics* Vol. 26 (2), pp. 133/134.

<sup>215</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Op. cit., p. 78.

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

Destruir as importantes normas constitucionais que uma longa série de juízes anteriores construiu e modelou nas décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, e substituí-las por princípios mal elaborados que dificultam ou mesmo eliminam o direito ao aborto, proíbem qualquer uso de políticas de consciência racial para atenuar injustiças raciais, bloqueiam qualquer tentativa de reduzir o poder econômico no processo político norte-americano, e permitem ao Poder Executivo poderes quase ditatoriais na chamada “guerra” contra o terror.<sup>216</sup>

Nas questões mais relevantes e controvertidas, o voto decisivo tem sido de Anthony Kennedy. Na Corte Rehnquist, ele dividia com O’Connor o papel de *swing voter*, mas na Corte Roberts tem sido o quinto e decisivo voto, a ponto de alguns autores falarem em “Anthony Kennedy Court”.<sup>217</sup> Kennedy tem na maior parte das vezes favorecido posições conservadoras e, desse modo, ainda em seu sexto ano, a Corte Roberts tem sido apontada por alguns como a mais conservadora desde a *Old Court* dos anos 30:<sup>218</sup> ela limitou ainda mais as garantias dos acusados de crimes;<sup>219</sup> restringiu a liberdade de expressão de setores fragilizados;<sup>220</sup> inovou na interpretação da Segunda

---

<sup>216</sup> DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx. The Court’s New Right-Wing Bloc*. New York: New York Review Books, 2008, pp. xii-45/47.

<sup>217</sup> Cf. CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court and Freedom of Speech. *Federal Communications Law Journal* Vol. 63 (3), 2011, p. 580: “When it matters most, it is the Anthony Kennedy Court”.

<sup>218</sup> CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. *Wayne Law Review* Vol. 54 (3), 2008, p. 948.

<sup>219</sup> *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163 (2006); *Hudson v. Michigan*, 547 US 586 (2006).

<sup>220</sup> *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006); *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393

Emenda para impedir o governo federal (*Heller*)<sup>221</sup> e os estados (*McDonald*)<sup>222</sup> de proibir a posse de armas; reduziu o alcance de ações afirmativas raciais<sup>223</sup> e permitiu restrições à prática de aborto.<sup>224</sup> Contudo, diferente do que consta na “profecia” de Dworkin, a Corte não deu apoio à “guerra contra o terror” de Bush.<sup>225</sup>

Mas nenhuma outra decisão tem suscitado mais questionamentos do que *Citizens United v. Federal Election Commission*.<sup>226</sup> Seguindo o voto de Kennedy, a Corte abandonou a leitura restritiva da liberdade de expressão, que havia feito em detrimento de setores menos privilegiados, e ampliou seu escopo para assegurar às empresas e aos sindicatos “um *direito constitucional* a utilizar seu poder econômico para participar de campanhas políticas e influenciar o resultado do voto popular sem qualquer regulação pública significativa”.<sup>227</sup> Essas pessoas jurídicas seriam titulares, na mesma medida que as pessoas naturais, do direito à liberdade de expressão da Primeira Emenda e isso inclui a possibilidade de gastarem recursos ilimitados no financiamento de campanhas eleitorais sem que o Congresso pudesse restringir esse direito nem mesmo em favor da equidade do processo democrático-eleitoral.

*Citizens United* é acusada de ter sido um exercício flagrante e ilegítimo de ativismo judicial. Superando antigo pre-

---

(2007); *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. \_\_\_\_ (2010).

<sup>221</sup> *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

<sup>222</sup> *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. \_\_\_\_ (2010).

<sup>223</sup> *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District nº 1*, 551 U.S. 701 (2007).

<sup>224</sup> *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

<sup>225</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

<sup>226</sup> 558 U.S. \_\_\_\_ (2010). Essa decisão foi reafirmada em 567 U.S. \_\_\_\_ (2012), decidida em 25/06/2012.

<sup>227</sup> MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. *Conservative Activist Judges Endanger America*. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) *Judicial Activism*. Detroit: Greenhaven Press, 2012, p. 27.

cedente (*Austin*)<sup>228</sup> e faltando com deferência ao Congresso em matéria de alta voltagem política, a Corte Roberts aplicou um direito não previsto na Constituição, construindo-o por meio de uma interpretação bastante ampliativa da Primeira Emenda. Em constitucionalizar o direito de ampla participação das grandes corporações econômicas e dos sindicatos no financiamento de eleições como exercício de liberdade de expressão, a Corte excluiu do Congresso o poder de regular o processo eleitoral e de prevenir sua corrupção, mudando as regras do jogo e interferindo nos resultados das eleições.

O *Chief Justice* Roberts defendeu veementemente a decisão. Em sua *concurring opinion*,<sup>229</sup> Roberts afirmou que o “texto e propósito da Primeira Emenda apontam (...) na direção de o Congresso não poder proibir a liberdade de expressão em matéria política, mesmo no caso de uma empresa ou sindicato”. Para ele, a única dificuldade do caso seria saber se a Suprema Corte poderia superar seu precedente em *Austin*. Ele preocupou-se então em explicar a não implicação no caso dos “princípios da restrição judicial e *stare decisis*”, e assim justificar o porquê de ser legítima a superação desse precedente.

Contestando a acusação da minoria vencida (voto do *Justice* Stevens) no sentido de a maioria conservadora “não ser séria sobre restrição judicial”, Roberts disse ser necessário diferenciar “entre restrição judicial e abdicação judicial”. Em suas palavras, “apesar de a fidelidade ao precedente [ser] vital ao próprio exercício da função judicial”, a Suprema Corte “deve ponderar a importância de se ter questões *decididas* com a importância de se ter *decisões corretas*.” “*Stare decisis* não é um fim em si mesmo”, de modo que, se a “fidelidade ao precedente estiver fazendo mais mal do que bem ao ideal de *rule of law*”, então será o momento de superar esse precedente. Para

---

<sup>228</sup> *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 692 (1990). No mesmo sentido: *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003).

<sup>229</sup> Disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>. <Acesso em 07/02/2012>

Roberts, esse era o momento de *Austin*: “[a] aderência continuada a *Austin* ameaça subverter o desenvolvimento ‘principiológico e inteligível’ de nossa jurisprudência da Primeira Emenda”. Com esse raciocínio, o *Chief Justice* deixou claro que o comprometimento com a restrição judicial é relativo, o que significa que o “árbitro” não é tão neutro quanto disse e pode sim mudar as regras do jogo.

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

Tem sido comum também a acusação da jurisprudência da Corte Roberts, assim como no passado havia sido a Corte Lochner, ser parcial às corporações econômicas e à desregulação do mercado. Diferentes decisões favorecem essa acusação<sup>230</sup> e *Citizens United* tem sido apontada como o melhor exemplo.<sup>231</sup> Com efeito, além de *Citizens*, também *Heller* e *McDonald* têm dado uma impressão de *déjà vu*: a falta de deferência ao legislador em favor dos economicamente poderosos.

---

<sup>230</sup> Além das citadas *Heller* e *McDonald*, cf. *Philip Morris USA v. Williams*, 549 US 346 (2007); *Exxon Shipping Company v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008); *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

<sup>231</sup> Na realidade, *Citizens* pode ser vista como uma decisão voltada aos interesses eleitorais principalmente do Partido Republicano porque, historicamente, esse é o partido que mais arrecada recursos das grandes empresas e corporações econômicas para suas campanhas eleitorais. Sua linha ideológica mais favorável ao liberalismo econômico, comparado à do Partido Democrata, o aproxima mais das forças econômicas do país.



Tem-se assistido a uma renovação da hostilidade da Suprema Corte em relação a leis que regulam a economia ou procuram limitar a influência do poder econômico e isso vem ocorrendo em detrimento dos consumidores, dos trabalhadores e da equidade do processo político-eleitoral.

A maioria da Corte Roberts tem sido denunciada não só como a mais conservadora, mas também a mais pró-empresas e antirregulatória desde a *Old Court*, que nos anos 30 desafiou ao *New Deal* de Roosevelt.<sup>232</sup> Os críticos acusam que a Corte Roberts tem construído sua agenda com demandas predominantemente de empresas e de importantes corporações, diferente da Corte Warren que privilegiava demandas envolvendo direitos individuais e da Corte Rehnquist que julgava mais processos sobre os poderes dos estados. Haveria uma clara estratégia da Corte para favorecer esse segmento privilegiado da sociedade.

Já se fala então de um *ativismo judicial libertário* travestido de originalismo ou de textualismo, da volta à *Gilded Age* e ao *laissez faire*. A Corte Roberts seria a “réplica do século XXI das cortes da era *Lochner*”. Contudo, em vez da XIV Emenda, da dimensão substancial do devido processo legal e da liberdade de contrato que marcaram o ativismo judicial conservador daquela época, a arma da Corte Roberts é a Primeira Emenda e a liberdade de expressão – é a defesa do *laissez faire* na *Era da Informação*.<sup>233</sup>

Comparando *Lochner* e *Citizens United* sob a perspectiva metodológica predominante na Corte Roberts – o originalismo – é possível dizer que *Citizens* é ainda mais distante do sentido original da Constituição do que foi *Lochner*. É mais sustentável que os *founding fathers* pensassem em um direito individual

---

<sup>232</sup> CHEMERINSKY, Erwin. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review* Vol. 44 (3), 2011, p. 865.

<sup>233</sup> PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America. *Democracy. A Journal of Ideas*. Vol. 23, Inverno de 2012, pp. 47/48. Disponível em <http://democracyjournal.org/>. <Acesso em 12/01/2012>

“natural” de contratar livremente nos sécs. XVIII e XIX e que isso tenha sido incorporado à Constituição e às suas emendas do que em um direito constitucional originário das corporações econômicas à liberdade de expressão e que isso ainda implique o direito dessas pessoas jurídicas à livre influência econômica sobre os processos político-eleitorais da época.<sup>234</sup> Seguindo a linha metodológica originalista dos recentes Presidentes Republicanos, da Corte Rehnquist e da própria Corte Roberts, parece que *Citizens United* foi ainda mais ativista do que *Lochner*.

Essa perspectiva *lochneriana* da Corte Roberts permite dizer da renovação de um embate histórico: de um lado, um Presidente Democrata, Barak Obama, inclinado a políticas públicas de transformação e inclusão social; de outro, uma Corte dominada por uma maioria de juízes conservadora e nomeada por Presidentes Republicanos. Obama enfrenta desafio similar ao que Roosevelt superou em face da *Old Court* – ver suas principais políticas públicas julgadas por uma maioria da Suprema Corte ideologicamente oposta às mesmas. Isso se tornou especialmente problemático em face da ameaça de a Suprema Corte julgar inconstitucional a principal conquista legislativa do governo Obama no terreno da política doméstica – o *Obamacare* (*Affordable Care Act*), programa de reforma do sistema de saúde.

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

---

<sup>234</sup> Em sentido contrário, defendendo que o significado original da Primeira Emenda previa a liberdade de expressão das empresas como “liberdade de expressão em associação com outros indivíduos, incluindo associação sob a forma empresarial”, cf. o voto de Antonin Scalia em *Citizens United*.

peito a tal falha” (*penalty with respect to such failure*).

O julgamento foi marcado para junho de 2012 e a expectativa era que a Corte Roberts se dividisse, mais uma vez, entre liberais – a favor da política pública do Presidente Democrata – e conservadores – contra o programa – e que o *swing vote* de Anthony Kennedy decidisse a questão, provavelmente contra a política do Presidente Democrata, rejeitando qualquer deferência ao poder do Congresso Nacional. O custo político dessa decisão seria enorme diante de seus reflexos negativos para as eleições presidenciais de novembro do mesmo ano, quando Obama tentará sua reeleição.<sup>235</sup> Nesse ambiente desafiador, o Presidente advertiu publicamente a Suprema Corte dos perigos do... *ativismo judicial*.

Em declaração de enorme repercussão pública, feita em abril de 2012, Obama disse estar “confiante que a Suprema Corte não tomar[ia] o que seria um passo extraordinário e sem precedentes de derrubar uma lei aprovada por uma forte maioria de um Congresso democraticamente eleito”. Ele dirigiu-se aos *Justices* conservadores para lembrá-los “que, por anos, escutamos que o maior problema da Corte foi o *ativismo judicial*, ou uma *falta de restrição judicial*” – a falta de deferência a “leis devidamente aprovadas e promulgadas” – e que o julgamento do *Obamacare* era um “ótimo momento” para a Corte Roberts mostrar que tem consciência disso.<sup>236</sup> É claro que conservadores de todo o país, inclusive juízes federais de cortes inferiores, reagiram e acusaram Obama de tentar intimidar a Suprema Corte, de lhe fazer pressão política indevida. Exagerando um pouco, a ABC News resumiu o ocorrido da seguinte forma: na disputa “Obama vs. Suprema Corte, a Política não

---

<sup>235</sup> Isso se tornava ainda mais problemático tendo em conta que a lei do *Obamacare* não possuía apoio popular sólido, principalmente a exigência de compra de seguro-saúde individual.

<sup>236</sup> <http://www.reuters.com/article/2012/04/02/us-obama-healthcare-idUSBRE8310WP20120402>. <Acesso em 14/04/2012>

Conhece Limites”<sup>237</sup>.

O julgamento ocorreu em 28/06/2012 e seu resultado foi, no mínimo, uma grande surpresa. Principalmente, em função da divisão dos votos. A maioria da Corte declarou o *mandato individual* constitucional, com os quatro liberais votando em sustentá-lo e sendo acompanhados por John Roberts Jr., o *Chief Justice* em pessoa. Dessa feita, não foi a “Corte Kennedy” que decidiu, foi a *Corte Roberts*.<sup>238</sup> A maioria conservadora, incluindo Roberts, negou a validade do *mandato individual* como exercício do poder constitucional do Congresso em regular o comércio (*Commerce Clause*), afirmando que o Governo Federal não está autorizado a forçar os indivíduos a comprar serviços (seguro-saúde) que eles não desejam. Contudo, escrevendo o voto vencedor do julgado, Roberts defendeu que o *mandato individual* poderia ser declarado constitucional como exercício legítimo do poder do Congresso de “impor e arrecadar tributos” (*lay and collec Taxes*; art. I, §8º, cl. 1).

Para o *Chief Justice*, o *mandato individual*, embora originalmente pensado como uma obrigação de compra de seguro-saúde cuja inadimplência geraria uma multa, pode ser caracterizado também como um tributo, embora essa interpretação não fosse “a mais natural”,<sup>239</sup> mas apenas “razoavelmente possível”

---

<sup>237</sup> É o título da reportagem de 04/04/2012: “Obama vs. Supreme Court, Politics Knows No Bounds”. <http://abcnews.go.com/Politics/OTUS/obama-supreme-court-politics-bounds/story?id=16072375&page=2>. <Acesso em 14/04/2012>

<sup>238</sup> *National Federation of Independent Business et al v. Sbelius, Secretary of Health and Human Services et al*, 567 U.S. \_\_\_\_ (2012).

<sup>239</sup> Ronald Dworkin, A Bigger Victory Than We Knew, *The New York Review of Books*, de 13/07/2012, aplaudiu a decisão, mas não concordou com o argumento de Roberts de que seria “artificial considerar o mandato individual um tributo”. Para ele, “essa descrição captura a justificação real para o mandato em termos de moralidade constitucional” – “justiça dentro de uma comunidade política requer que os riscos mais catastróficos da vida econômica e social sejam compartilhados por todos”. “Todos devem cumprir suas responsabilidades morais para com os membros da sociedade, além de proteger-se contra seu próprio infortúnio” e a tributação tem sido “o meio mais tradicional” de a sociedade “compartilhar esses riscos”.

e justificada para salvar a constitucionalidade da lei.<sup>240</sup> Roberts “desconsider[ou] o rótulo” para dar valor à “substância e à aplicação” da exação como um tributo.<sup>241</sup> Ele disse que essa manobra interpretativa era necessária porque “juízes não eleitos devem ser extremamente relutantes em rejeitar a decisão de um legislativo eleito” – “não é tarefa da Suprema Corte”, prosseguiu, “proteger o povo das consequências de suas escolhas políticas”, pois esse “julgamento é confiado aos líderes eleitos da Nação”.

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

O quanto a advertência de Obama por uma postura de au-

---

<sup>240</sup> O caráter de “interpretação salvadora” (*saving construction*) fica muito evidenciado no trecho de seu voto que responde à objeção da *Justice* Ginsburg pela manutenção da constitucionalidade pela *Commerce Clause*: “A lei interpreta-se mais naturalmente como uma ordem de compra de seguro do que como um tributo. Eu sustentaria essa norma se a Constituição permitisse. É apenas porque a *Commerce Clause* não autoriza tal interpretação que é necessário chegar à questão do poder de tributar. E é apenas porque nós temos um dever de interpretar uma lei para salvá-la, se isso for razoavelmente possível, que o §5000<sup>a</sup> pode ser interpretado como um tributo”.

<sup>241</sup> Em suas palavras: “É claramente verdade que a lei descreve o pagamento como uma ‘multa’, não como um ‘tributo’. (...) mas (...) esse rótulo (...) não determina se o pagamento pode ser visto como exercício do poder de tributar do Congresso”.

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

Sem embargo, o temor pela perda de prestígio institucional perante a *opinião pública* pode fazer parte do conjunto de variáveis decisórias das cortes<sup>242</sup> e, considerando a responsabilidade do *Chief Justice* em cuidar do capital de legitimidade da Suprema Corte, é possível que o recuo de Roberts em seu costumeiro ativismo judicial conservador tenha respondido a necessidades estratégicas,<sup>243</sup> inclusive fomentadas pelas declarações de Obama. Mais uma vez, pode ser dito que a política cumpriu algum papel na direção da interpretação final da Suprema Corte em um caso crucial, cujo resultado teria enorme repercussão política e social. Direito e Política interagiram

---

<sup>242</sup> BAUM, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997, pp. 48/49: “aceitação social é relevante, e juízes seriam um grupo diferente de pessoas se nenhum deles fosse preocupado com respeito e popularidade fora da Corte”.

<sup>243</sup> Como defendem Lee Epstein e Jack Knight, *The Choices Justices Make*, Op. cit., p. 10, “juízes são atores estratégicos que entendem que sua habilidade para alcançar objetivos depende da consideração das preferências dos outros atores, das escolhas que eles esperam que esses outros atores façam e do contexto institucional em que eles atuam”.

mais uma vez e o resultado, dessa feita, foi o recuo do ativismo judicial. Certamente, não se tratou de um recuo definitivo, mas apenas de mais uma etapa do *eterno embate político-ideológico* em torno do binômio ativismo judicial-autorrestrrição judicial da Suprema Corte em julgar casos cruciais. Nos Estados Unidos, o estado e a direção do ativismo judicial são sempre provisórios.

## 6. CONCLUSÃO

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



## 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 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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 MacGrecor. *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 Supreme 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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 Practice: 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?* 2<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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 Expansion 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*. Stanford: Stanford 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.