

Controle judicial dos demais poderes – dez bons e maus exemplos da experiência norte-americana

Judicial control of other powers – ten good and bad examples of the american experience

Eugênio Facchini Neto*

Resumo

O presente estudo analisa a atuação da Suprema Corte norte-americana ao exercer o controle judicial dos demais poderes da União e também os dos Estados-membros. Foram selecionados dez casos (nove casos e um conjunto de casos reunidos pela identidade temática) julgados pela Suprema Corte ao longo de sua história, iniciando no emblemático caso *Marbury v. Madison*, de 1803, e concluindo em 2008, com o julgamento do caso *Boumediene v. Bush*. A análise do contexto histórico e do teor dos julgamentos permitirá avaliar se a Corte estava ou não em sintonia com os valores sustentados pela sociedade americana naquele período histórico. Concluir-se-á que por vezes as decisões da Suprema Corte foram criticadas por estarem em desacordo com os sentimentos e valores sociais vigentes na época em que o julgamento ocorreu. Em outras ocasiões, porém, a Corte teve atuações decisivas para o aperfeiçoamento da democracia e para o controle dos poderes e definição dos limites de suas atuações, em proveito dos direitos e liberdades dos cidadãos. De qualquer sorte, a Suprema Corte norte-americana, a mais longeva Corte Suprema em ininterrupto funcionamento, soube conquistar seu lugar na arquitetura institucional dos Estados Unidos, tornando-se verdadeiramente suprema, mais por força de sua jurisprudência do que por expressa previsão constitucional. Utilizou-se metodologia de pesquisa básica quanto à finalidade, descritiva quanto aos objetivos, qualitativa quanto à abordagem, e bibliográfica quanto ao procedimento.

Palavras-chave: Suprema Corte. Estados Unidos. Controle judicial. Separação de Poderes.

Abstract

*This study analyzes the role of the US Supreme Court in exercising judicial control over the other powers of the Union and those of the Member States. Ten cases were selected (nine cases and a set of cases gathered by thematic identity) and judged by the Supreme Court throughout its history, starting with the emblematic case *Marbury v. Madison*, 1803, and concluding in 2008, with the judgment in the case of *Boumediene v. Bush*. The analysis of the historical context and content of the judgments will make it possible to assess whether or not the Court was in tune with the values held by American society in that historical period. It will be concluded that, at times, the Supreme Court's decisions were criticized for being at odds with the social feelings and values prevailing when the judgment took place. On other occasions, however, the Court has taken decisive steps to improve democracy and control powers, and define the limits of its actions, in favor of citizens' rights and freedoms. In any case, the US Supreme Court, the longest-running Supreme Court in uninterrupted operation, knew how to conquer its place in the institutional architecture of the United States, becoming truly supreme more under its jurisprudence than by express constitutional provision. The primary research methodology was used regarding the purpose, descriptive regarding the objectives, qualitative regarding the approach, and bibliographical regarding the procedure.*

Keywords: Supreme Court. Unite States. Judicial control. Separation of Powers.

1 Introdução

A separação dos poderes é um conceito basilar na arquitetura constitucional norte-americana. Mas não se trata tanto de garantir a cada um dos poderes um espaço livre de interferência dos demais – como a concepção francesa da *separation des pouvoirs* parece indicar –, e sim de prever um conjunto de mecanismos que permitam a cada um dos poderes examinar a atividade dos demais e, se necessário, limitá-la ou paralizá-la. Pretende-se, com isso, garantir que cada um dos poderes se mantenha dentro do figurino constitucional, não exorbitando das suas

*   Doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze (Italia); Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP); Professor titular dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC/RS; Desembargador no TJ/RS. E-mail: eugenio.facchini@pucrs.br.

funções. O conceito subjacente é o de que, limitando-se o exercício do poder, amplia-se o espaço de liberdade do cidadão. Essa é a essência da concepção norte-americana do *checks and balances* (que costuma ser traduzida entre nós por *freios e contrapesos*). No experimento constitucional de 1787, essa divisão dos poderes se deu não só no plano horizontal – Executivo, Legislativo e Judiciário – como também no plano vertical, com a divisão dos poderes entre União e Estados-membros. A primeira espécie de divisão originava-se de concepções doutrinárias europeias. A segunda, com a criação do federalismo, foi uma típica inovação institucional norte-americana¹.

No caso do Poder Judiciário, ele controla o exercício dos demais poderes especialmente através do mecanismo do *judicial review* (revisão judicial), poder esse que a Suprema Corte dos Estados Unidos (Supreme Court of the United States, doravante USSC) se autoatribuiu, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, como algo inerente ao sistema do *checks and balances*. Foi através de julgamentos como esse que a USSC contribuiu para definir os limites das atribuições de cada poder.

De tempos em tempos a USSC relembra sua missão institucional, como ocorreu em 1926, ao julgar o caso *Myers v. United States*², quando Louis Brandeis afirmou que “a doutrina da separação de poderes foi adotada pela Convenção de 1787, não para promover a eficiência, mas para impedir o exercício arbitrário do poder. O objetivo não era evitar atritos, mas, por meio da inevitável fricção inerente à distribuição de competências entre três poderes, salvar o povo da autocracia” (tradução livre).

Sessenta anos mais tarde, ao julgar o caso *Bowsher v. Synar* (1986), Warren Burger afirmou “que este sistema de divisão e separação de poderes, produza conflitos, confusão e, por vezes, discórdias, é um fato a ele inerente, mas isso foi deliberadamente assim estruturado de forma a garantir um pleno, vigoroso e aberto debate sobre as grandes questões que concernem ao povo de tornar operativos os freios ao exercício dos poderes de governo”.

A USSC começou muito cedo a assumir o papel de controlador eventual das atividades dos demais poderes, como ocorreu em 1803, ao julgar o caso *Marbury v. Madison*. Além desse caso seminal, foram selecionados outros nove casos (ou conjuntos de casos), envolvendo a temática do controle judicial dos demais poderes. Obviamente que inúmeros outros casos emblemáticos poderiam ter sido selecionados, por envolverem alguma forma de controle judicial, mas eles normalmente são analisados, na literatura norte-americana, como representativos de outros temas (ou *clauses*, como por lá são chamados), como liberdade de expressão (v.g. *New York Times Co. v. United States [The Pentagon papers]* - 1971), direito à privacidade (v.g. *Roe v. Wade* - 1973), liberdade de religião (v.g. *Engel v. Vitale* – 1962, e *Wisconsin v. Yoder* -1972), *civil rights* (v.g. *Scott v. Sandford [Dred Scott case]* – 1857; *Plessy v. Ferguson* -1896; *Brown v. Board of Education of Topeka* -1954); ou direitos processuais (v.g. *Mapp v. Ohio* – 1961; *Miranda v. Arizona* -1966).

Em cada um dos tópicos abaixo, inúmeros outros casos poderiam ter sido lembrados. Por imperiosa necessidade de seleção, escolheram-se casos estudados nos Estados Unidos como exemplos de controle judicial do exercício dos demais poderes. Os casos serão analisados substancialmente na ordem cronológica em que foram julgados pela Suprema Corte norte-americana, de 1803 a 2008. Além disso, utilizou-se metodologia de pesquisa básica quanto à finalidade, descritiva quanto aos objetivos, qualitativa quanto à abordagem, e bibliográfica quanto ao procedimento.

2 *Marbury v. Madison* (1803), ou de como fazer de um limão uma limonada

Trata-se do mais famoso caso julgado pela USSC. Foi através desse julgamento que aquela Corte realmente tornou-se “suprema”, se autoatribuindo ao poder de invalidar normas legislativas³.

Os fatos que originaram a demanda são extraordinários – e nada elogiosos. John Marshall era Secretário de Estado do Presidente John Adams, sendo ambos integrantes do então Partido Federalista. Adams concorreu à reeleição em 1800, mas perdeu para Thomas Jefferson, do então Partido Democrático-Republicano. Entre o resultado das eleições e a posse de seu sucessor na Presidência, em 04.03.1801, Adams e seus aliados resolveram nomear seus correligionários para todos os cargos vagos disponíveis. Quanto ao próprio John Marshall, Adams o nomeou para a presidência da Suprema Corte.

¹ Sobre a concepção norte-americana do princípio da separação de poderes, v. PATRICK (2006, p. 319/320).

² Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/>. Acesso em 10/04/2022.

³ Merece referência a comparação feita por Carré de Malberg (*apud* GAMBARO e SACCO, 2008, p. 138), entre a concepção norte-americana e francesa sobre o tema, dizendo que nos Estados Unidos somente a Constituição foi tida como obra da “*volonté générale*”, ao passo que na França vingou a ideia de que o Legislativo era capaz de, permanentemente, expressar tal “vontade popular”.

Paralelamente, o partido governista fez aprovar rapidamente duas leis: a *Circuit Court Bill*, de 12.02.1801 e o *District of Columbia Organic Act*, de 27.02.1801. A primeira criou 16 novos cargos de juizes federais, imediatamente nomeados com aprovação pelo Senado em 02/03/1801. A segunda dessas leis envolveu a criação de cerca de 200 novos cargos (PATRICK, 2006, p. 209), dos quais 42 eram cargos de juizes de paz.

Pelas regras então vigentes, tratava-se de ato administrativo complexo: o Presidente indicava os juizes de paz (o que foi feito no dia 02 de março), o Congresso aprovava (o que foi feito no dia 03 de março, véspera da posse do novo governo), o Presidente assinava cada um dos atos de nomeação e o Secretário de Estado (Marshall, que apesar de já nomeado Presidente da Suprema Corte, continuava a desempenhar interinamente o cargo de Secretário de Estado) apunha o selo presidencial e providenciava na entrega da carta de nomeação ao juiz nomeado, para que pudesse assumir o cargo. Não houve tempo suficiente para entregar as cartas de nomeação a dezessete dos juizes nomeados.

A situação era essa quando houve a mudança de governo. O novo Presidente, Thomas Jefferson, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado. Diante da desfaçatez política revelada pelo Partido Federalista, Jefferson orientou Madison a não fazer a entrega aos juizes de paz das cartas de nomeação faltantes.⁴

Um deles, de nome Marbury, impetrou, então, um *writ of mandamus*⁵ perante a USSC, com base na *Judiciary Act* de 1789, que atribuía competência originária àquela Corte para julgar *mandamus* impetrados em face de secretários de Estado.

A tensão política reinante era enorme. A nova administração dava sinais de que não pretendia cumprir eventual ordem para a entrega das cartas de nomeação, por razões orçamentárias e de moralidade administrativa. Marshall viu-se na paradoxal situação de ter sido ele o Secretário de Estado em cuja gestão havia iniciado o imbróglio. E agora, como Presidente da Suprema Corte, tinha que julgar o caso. O julgamento poderia ser um desastre para a Suprema Corte, caso Marshall desse razão a Marbury e expedisse ordem ao Executivo, pois se ela não fosse cumprida, ele ficaria desmoralizado e a Corte enfraquecida. Por outro lado, caso Marshall desacolhesse o *mandamus*, daria a impressão de ter cedido à pressão do Executivo, além de confirmar a imoralidade praticada pela administração anterior.

Nesse contexto, em que saídas praticamente inexistiam, o gênio político e jurídico de Marshall revelou-se pela primeira vez, redigindo ele próprio, em nome de uma corte unânime, a sua mais famosa decisão judicial. Marshall dividiu seu voto em três partes⁶. Nas duas primeiras Marshall demonstrou que Marbury tinha direito material e processual à entrega da carta de nomeação. Mas foi na terceira parte do seu voto que ele construiu a solução que permitiria sair do impasse político antes referido. Ele dedicou essa parte do voto a responder à indagação caso a via processual fosse aquela escolhida por Marbury – um *mandamus* impetrado perante a USSC, como previsto na Lei Judiciária de 1789. A resposta de Marshall, desta feita, foi negativa, pois a Constituição não previa essa hipótese de jurisdição originária da Corte Suprema. Marshall afirmou, então, que diante de uma lei ordinária conflitante com o texto constitucional, qualquer corte de justiça deveria aplicar este e não a lei. Isto porque ou a Constituição deveria ser considerada suprema (*Paramount law*), e conseqüentemente qualquer legislação inferior que se chocasse com ela seria considerada inválida e ineficaz (*null and void*), ou então a lei seria obedecida, apesar de contrária à Constituição. Acolhendo-se essa segunda opção, ter-se-ia que concluir que a Constituição nada mais seria do que uma “inútil tentativa de limitar um poder (o Legislativo) que seria ilimitável”. Afirmou, ainda, que era da “essência da função judiciária dizer o que o Direito é” (“*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*”), devendo seguir a Constituição e desaplicar leis inferiores contrárias àquela.

Com essa genial solução, Marshall saiu do impasse: não acolheu a pretensão, mas sustentou o direito do seu correligionário, criticou a administração e afirmou o significativo poder do Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de leis ordinárias⁷.

⁴ Sobre esse quadro, v. WHITE (2012, p. 210s) e REHNQUIST (2015, p. 38).

⁵ *Writ of mandamus* é o nome de um procedimento judicial típico do direito anglo-americano, através do qual uma corte de justiça ordena a um agente público que execute corretamente suas funções ou que corrija algum ato praticado com abuso ou excesso de poderes. Foi uma das inspirações de nosso mandado de segurança.

⁶ Uma ótima análise do caso encontra-se em FLETCHER e SHEPPARD (2005, p. 132/149).

⁷ A respeito do caso *Marbury v. Madison*, a literatura em língua inglesa é interminável, citando-se JOHNSON (2002, p. 521/523), CHEMERINSKY (2016, p. 12/19, 224/226), CHEMERINSKY (1998, p. 338/345), PATRICK (2006, p. 209/210), HALL e PATRICK (2006, p. 15/24), PRAKASH e YOO (2003, p. 915s), BILDER (2006-2007, p. 504), dentre outros. Em outros idiomas, citam-se GAMBARO e SACCO (2008, p. 136-140), GAMBARO, SACCO e VOGEL (2011, p. 151s), CAMPOS e CARNOTA (2001, p. 119 s), BUTTÀ (1998). No nosso idioma, no original ou em traduções, consulte-se BARROSO (2010), MARSHALL (1997), CICONETTI e TEIXEIRA (2010), REGO (2017), BARROSO (2018, p. 129s), dentre outros.

Na verdade, já havia precedentes ingleses (*Dr. Bonham's case*⁸, julgado em 1610, por Edward Coke) e coloniais americanos, bem como havia o famoso trecho do *The Federalist*⁹ (n. 78 – “*If men were angels*”), em que Hamilton defendeu a ideia da possibilidade do Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade de leis contrárias à Constituição, bem como outros precedentes da própria Suprema Corte¹⁰, em que a questão havia sido aflorada, embora não com a veemência e clareza do caso *Marbury*.

Desse modo, a USSC não voltaria a reconhecer a inconstitucionalidade de outra lei federal até 1857 (caso *Dred Scott v. Sandford*). A partir de 1868, começou, porém, uma fase de inúmeras decisões de inconstitucionalidade de leis federais e estaduais (especialmente estas), sob a lógica do princípio do *substantive due process of law*. Esse precedente definiu a USSC como a instância máxima no que respeita à interpretação final da Constituição e na definição das competências dos demais poderes. O experimento do federalismo também tinha potencial de criar fricções entre governo federal e os estaduais. E isso também acabou na USSC, como se vê do caso *Martin v. Hunter's Lessee*.

3 *Martin v. Hunter's Lessee* (1816) – definindo competências judiciais em uma República Federativa

A importância deste julgamento está relacionada ao fato de que foi a primeira vez que a Suprema Corte afirmou seu poder de rever decisões dos tribunais dos Estados-membros (CHEMERINSKY, 2016, p. 702), algo que modernamente é tido como elementar, mas que à época era bastante controverso, diante das peculiaridades da história colonial norte-americana. Esse é um daqueles casos em que a questão fática discutida nos autos tinha reduzida importância, relativamente ao princípio jurídico afirmado, que restou consolidado desde então.

Denny Martin era herdeiro de Lord Fairfax, que deixara extensas propriedades na Virginia/EUA. As terras foram confiscadas pelo Estado de Virginia, durante a guerra de independência, uma vez que o britânico Fairfax era leal ao Rei da Inglaterra. Referidas terras foram posteriormente vendidas para David Hunter, que as arrendou. Invocando dois tratados celebrados entre os Estados Unidos e a Inglaterra (Tratado de Paris, de 1783, e Tratado de Jay, de 1794), em que afirmava que seriam respeitadas as propriedades dos súditos britânicos, Martin retomou sua propriedade. O arrendatário de Hunter, então, moveu uma ação para recuperar as terras. A justiça estadual de Virginia deu-lhe ganho de causa, mas Martin conseguiu reverter a decisão junto à USSC (*Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee* – 1813). Todavia, a justiça do Estado de Virginia recusara-se a cumprir a decisão da USSC, alegando que a lei confiscatória de Virginia era anterior aos tratados e que o Judiciário daquele Estado era soberano quando se tratava de aplicar a legislação estadual¹¹.

O caso envolvia, portanto, a alegação de inconstitucionalidade da seção 25 do *Judiciary Act de 1789*, que atribuía à USSC o poder de rever as decisões proferidas pelas cortes supremas dos Estados, quando afirmassem a validade de uma lei estadual em conflito com a Constituição Federal ou tratados internacionais.

No julgamento deste caso foi fixado o princípio segundo o qual a Suprema Corte tem o poder de rever decisões das cortes supremas dos Estados, quando envolvesse a interpretação da legislação federal (FLETCHER; SHEPPARD, 2005, p. 150).

Assim, Joseph Story¹² redigiu o voto, rejeitando a afirmação de Virginia no sentido de sua soberania ser igual a dos EUA. Esclareceu que a Constituição norte-americana não fora criada pelos Estados-membros, mas sim “*by the people of the United States*”, como afirma seu preâmbulo. Portanto, soberano era o povo, não os Estados-membros. Afirmou que a Constituição outorgara ao Judiciário federal a missão de proteção da Carta Magna. Assim, no desempenho dessa missão, a USSC teria a última palavra. Além disso, o Art. VI da Constituição havia

⁸ No famoso *Dr. Bonham's Case*, Edward Coke havia afirmado: “E aparece em nossos livros que, em muitos casos, a *common law* controlará Leis do Parlamento e por vezes julgará completamente inválidas; pois quando uma lei do Parlamento contraria um direito comum ou a razão, ou é repugnante, ou é impossível de ser executada, a *common law* a controlará e julgará tal Lei como sendo inválida” – tradução nossa) – Sobre esse caso, sua evolução na Inglaterra e sua repercussão nos Estados Unidos, v. DOUGLAS (2008, p. 53s), CAPPELLETTI (1984, p. 57/63) e STEIN (1987, p. 115).

⁹ HAMILTON, MADISON e JAY (2003, p. 471-479).

¹⁰ Casos *United States v. Yale Todd* (1794), *Van Horne's Lessee v. Dorrance* (1795), e *Cooper v. Telfair* (1800) (ABRAHAM, 1998, p. 339).

¹¹ Sobre o contexto fático do caso, significado e consequências da decisão, v. HARTMAN, MERSEY e TATE (2004, p. 468/470), NEWMYER (2000, p. 100) e WHITE (2012, p. 233s).

¹² Story foi nomeado para a Suprema Corte com 32 anos de idade – recorde nunca quebrado – e foi extraordinariamente produtivo tanto na Corte, onde ficou por 34 anos, quanto na Harvard Law School (GROSSMAN, 2000, p. 102/103; PATRICK, 2006, 217 e SCHWARTZ, 1993, p. 60).

estatuído que a Constituição e os tratados federais enquanto *supreme law of the land*, à qual estariam sujeitas também as supremas cortes estaduais.

O caso *Martin v. Hunter's Lessee* é considerado um dos mais importantes da USSC, pois afirmou a supremacia do Judiciário federal e a preeminência da própria Corte. Também merece referência por ter, pela primeira vez, analisado o caráter normativo do preâmbulo da Constituição federal¹³. Lembrando que foi dito que o preâmbulo não confere nenhum poder governamental específico, mas é uma fonte de direção jurídica (*source of legal direction*) (CARP; STIDHAM e MANNING, 2014, p. 425).

No caso *Cohens v. Virginia*, julgado em 1821, a USSC foi além, afirmando que quando um Estado-membro condenasse um cidadão com base no direito estadual, afastando argumento de defesa baseado na Constituição ou em leis federais, a USSC também poderia revisar o julgamento¹⁴. Aliás, a orientação jurisprudencial da Suprema Corte foi quase sempre no sentido da afirmação dos poderes da União em detrimento dos Estados, como se vê do caso analisado a seguir.

4 *McCulloch v. Maryland* (1819) – repartindo competências em uma federação: a criação da teoria dos poderes implícitos

“Firmado o princípio da supremacia do Judiciário, era necessário completá-lo com o da afirmação da supremacia nacional” (RODRIGUES, 1992, p. 42). A ocasião propícia fez surgir com o caso *McCulloch v. Maryland*, em que Marshall firmou uma regra de interpretação liberal e ampliadora dos poderes do governo federal, que veio a se tornar célebre sob a denominação de *teoria dos poderes implícitos*.

Sobre isso, esse é considerado o caso mais clássico sobre os poderes implícitos do governo federal e sobre o relacionamento jurídico entre União e Estados-membros. O caso envolveu a interpretação da *Necessary and Proper Clause* da Constituição norte-americana (Art. I, seção 8), fixando definitivamente o seu significado, com a definição da forma de distribuição de poderes entre União e Estados. A situação específica envolvia a competência da União para criar o Second Bank of the United States e o poder dos Estados de cobrar impostos de um ente federal. Sempre houve polêmica sobre a competência da União para criar bancos. Isso porque o Artigo I da Constituição enumera as competências normativas que seriam privativas da União, afirmando que as demais competências pertencem aos Estados-membros. Todavia, a Seção 8 do mesmo Artigo também esclarece que o Congresso pode criar “todas as normas que sejam necessárias e apropriadas para implementar a execução” das matérias de sua competência. A controvérsia, portanto, residia em se o poder de criar bancos incluía-se nos poderes implícitos do Congresso ou se, ao contrário, pertencia aos Estados-membros¹⁵.

A controvérsia iniciara em 1791, quando o Congresso aprovou uma lei autorizando a criação do First Bank of the U.S. O Presidente Washington estava em dúvidas se promulgava a lei ou se a vetava, uma vez que a Constituição era silente a respeito. Pediu, então, conselhos de dois de seus mais eminentes ministros, Alexander Hamilton e Thomas Jefferson. As respostas opostas formuladas situaram a discussão não só em 1791 como também em 1819, quando a questão da criação do Second Bank of the U.S. foi colocada. Jefferson opôs-se veementemente à criação do banco, pois defendia uma interpretação restrita da Constituição. Já Hamilton, ao contrário, aconselhou o Presidente a promulgar a lei, invocando argumentos que posteriormente foram utilizados por Marshall em seu voto. Sustentava Hamilton que todo poder investido em um governo é soberano por sua natureza, e inclui o direito de empregar todos os meios necessários para a realização dos fins para os quais tal poder foi previsto. Washington promulgou a lei, emitindo-se *charter* para funcionamento do banco por 20 anos. Ao término do prazo, a *charter* não foi renovada e o banco extinguiu-se em 1811.

Em 1816 renovou-se o debate sobre a possibilidade jurídica de criação do Second Bank, que novamente foi autorizado sob protesto de vários Estados. Um desses, Maryland, editou lei autorizando a taxação do banco em níveis muito elevados, com o nítido propósito de tornar inviável a operação da filial do banco naquele Estado. A primeira e a segunda instância da justiça de Maryland validaram a lei estadual, havendo recurso para a USSC¹⁶.

¹³ “We, the People of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

¹⁴ Nesses termos, VILE (2014, p. 110) e PATRICK (2006, p. 86/87).

¹⁵ Sobre as controvérsias existentes naquela época, v. WHITE (2012, p. 235s) e PATRICK (2006, p. 217/219).

¹⁶ Sobre essas circunstâncias, v. HALL e PATRICK (2006, p. 27/28).

Compreende-se, então, que este foi o segundo mais importante julgamento de Marshall (THAYER; FRANKFURTER, 1956, p. 8), por sua ampla visão de estadista sobre as necessidades de um governo nacional. Seu voto assemelhava-se mais a um libelo de teoria política, já que, nas 37 páginas de seu voto, Marshall não citou nenhum precedente judicial¹⁷. Suas únicas referências foram passagens do *The federalist*, citações de debates parlamentares, trechos do *Articles of confederation* e da própria Constituição (HALL; WIECEK e FINKELMAN, 1996, p. 131-132).

Marshall dividiu seu voto em duas partes. A primeira direcionada a demonstrar que a União tinha competência para criar um banco. Para tanto, ele desenvolveu uma “teoria da Constituição”, demonstrando que ela fora ratificada por convenções especialmente eleitas para tanto e que, portanto, os poderes da União originam-se diretamente do povo, não sendo simples delegações ou concessões dos governos estaduais. Assim, segundo Marshall, o governo federal é “o governo de todos; seus poderes foram delegados por todos; representa a todos e age em prol de todos”.

Em outras icônicas passagens de seu voto, Marshall menciona que “uma Constituição deve durar por muito tempo e, conseqüentemente, deve poder se adaptar às várias crises que afetam a sociedade”. Marshall, ao afirmar que “não podemos jamais esquecer que é uma Constituição que estamos interpretando”, foi certamente o primeiro jurista a chamar a atenção para as particularidades da interpretação constitucional¹⁸, que requer o uso de instrumentos hermenêuticos particulares e diversos da interpretação de uma lei ordinária (DORF e MORRISON, 2010, p. 41; STITES, 2001, p. 481; e CHEMERINSKY, 2016, p. 296). E que, embora admitindo que os poderes da União, são limitados pela Constituição, eles são “supremos, dentro de sua esfera de ação”.

Afirmou, ainda, que “quando o fim é legítimo, dentro do escopo previsto na Constituição, consideram-se constitucionais todos os meios apropriados, claramente aptos a conduzir a tal fim, desde que não sejam proibidos e sejam consistentes com a letra e o espírito da Constituição” (t.n.¹⁹). Marshall explicou que uma Constituição não poderia detalhadamente indicar os poderes e os meios para sua execução, sob pena de parecer um código. Assim, concluiu ele, “sua natureza requer que apenas seus grandes contornos sejam delineados e seus objetivos importantes sejam indicados, pois os ingredientes secundários que compõem esses objetivos serão deduzidos da natureza dos próprios objetivos” (t.n.).

Ainda que não houvesse previsão constitucional para criação de um banco, também não havia vedação expressa. Defendeu, assim, a existência de *incidental or implied powers* (poderes implícitos ou incidentais). Como a União tinha competência para criar e coletar impostos, contratar e pagar serviços e funcionários, etc., o Congresso deveria ter poderes para cumprir suas finalidades. Como a Constituição havia dado ao Congresso o poder de “elaborar todas as leis necessárias e adequadas para implementar e executar os poderes anteriores listados” (t.n.), a criação de um banco dos Estados Unidos seria constitucional. A essência da controvérsia residia na correta interpretação da expressão *necessary and proper*. Para Marshall, *necessary* deveria ser entendido como *conveniente* e útil. Portanto, o Congresso poderia escolher entre uma variedade de opções de ação, com poder discricionário (COHEN, 1989, p. 50-52 e BUTTÀ, 1998, p. 84).

Na segunda parte do seu voto, Marshall analisa se o Estado de Maryland tinha poderes para taxar ente federal, concluindo que não. “*The power to tax involves the power to destroy*”²⁰, ou seja, o poder estadual de taxar poderia inviabilizar as atividades do ente federal, o que seria insustentável, diante da *supremacy clause*. Assim, a decisão causou enorme polêmica e reações²¹ e a *charter* do banco não foi renovada quando expirou, vinte anos depois, na época da presidência de Andrew Jackson²². Mas a essência do caso *McCulloch v. Maryland*, no sentido de se interpretar ampliativamente os poderes da União, em detrimento daqueles dos Estados-membros, permaneceu

¹⁷ Aliás, é sabido que Marshall não tinha grande erudição jurídica, embora fosse dono de uma inteligência prodigiosa, além de dotado de carisma e visão de estadista. Já foi dito que Joseph Story supriu, na Corte, a única coisa que faltava a Marshall: erudição jurídica (SCHWARTZ, 1985, p. 89).

¹⁸ BICKEL (1985, p. 14/15) chegou a referir que *Marbury v. Madison* pode ter sido um “acidente histórico”, em razão do contexto do caso. Mas a afirmação de Marshall nesse caso, sobre as peculiaridades da interpretação constitucional e a menção à sua capacidade de se adaptar às crises futuras, aberta às mudanças e capaz de se desenvolver, não representou nenhum acidente, mas sim expressou visão e sabedoria.

¹⁹ Sempre que surgir “t.n.” ler como “tradução nossa”.

²⁰ Comentando essa famosa passagem do voto de Marshall, NELSON (1997, p. 266) refere que o poder de impor tributos é tão potencialmente destrutivo que, se não existissem limites a tal poder, o governo não necessitaria de poderes para confiscar propriedade: bastaria a possibilidade de impor tributos confiscatórios.

²¹ Marshall foi o único *Chief Justice* a escrever artigos em jornais, em defesa de sua reputação e da própria corte, quando percebia críticas às decisões tomadas pela Corte, como ocorreu nesse caso, com artigo publicado no dia 03/07/1819 (HALL e PATRICK, 2006, p. 32/33). Também sobre esses artigos, v. CLINTON (2002, p. 550).

²² A ideologia jacksoniana de Estados fortes, em detrimento do governo federal, prolonga-se até a Guerra Civil (1861-1865) (ELLIS, 2009, p. 214/217).

incontroversa (GROSSMAN, 2000, p 369-370 e AMAR, 1998, p. 37)²³; pois se decisões como *McCulloch v. Maryland* dividiram a opinião pública, outras, como as da chamada *Era Lochner*, angariaram uma crítica generalizada e pouquíssimos apoiadores.

5 *Lochner v. New York* (1905) – o caso que definiu uma Era de más atuações contramajoritárias

Esta foi uma das mais detestáveis decisões da USSC, proferida num período em que sua composição era acentuadamente conservadora e sensível aos interesses da elite econômica. Ao ter de analisar questões envolvendo a legislação social nascente, aquela Corte adotou postura reacionária, declarando sua inconstitucionalidade.

A Constituição norte-americana reservou aos Estados-membros amplos poderes para legislar sobre temas como saúde e segurança (englobadamente lá denominados de *police power*). Todavia, havia uma indefinição sobre os limites da atuação dos Estados, diante da arraigada tradição de ampla liberdade de atuação dos agentes econômicos, com mínima intervenção do governo.

Na última década do século XIX, iniciou-se um movimento buscando reformas legislativas para garantir maior proteção aos trabalhadores – especialmente mulheres, crianças e trabalhadores em atividades insalubres ou perigosas. Uma dessas leis estaduais – a *Bakeshop Act*, de 1895 – buscava proteger os padeiros de Nova Iorque, que costumavam trabalhar mais de 100 horas semanais, usualmente em condições insalubres. A lei procurava garantir condições sanitárias mínimas para o trabalho em padarias, além de vedar o trabalho de padeiros por períodos superiores a 60 dias por semana. Sobre esse fato, os pequenos proprietários de padarias sentiram-se especialmente prejudicados pela nova legislação. Um deles, Joseph Lochner, foi multado pela violação da lei. Ele recorreu à justiça estadual novaiorquina, sustentando a inconstitucionalidade da legislação, mas perdeu em todas as instâncias estaduais. Recorreu à USSC, alegando violação da 14ª emenda constitucional, por ter sido privado de sua liberdade contratual sem o devido processo legal.

Historicamente, a ideia de devido processo legal estava relacionada a garantias processuais – aos litigantes devia ser oportunizada ampla defesa, com observância do contraditório. E, a partir das últimas décadas do séc. XIX, desenvolveu-se, porém, a concepção de um devido processo legal *substantivo*, com os juízes se arrogando o direito de analisar os fins visados e os resultados alcançados pela legislação. Ou seja, poderiam os juízes avaliar o conteúdo – a substância – da legislação, especialmente suas implicações econômicas, para decidir se ela era razoável ou não? O caso *Lochner* consolidou essa ideia.

Assim, julgando o caso em 1905, uma apertada maioria de cinco a quatro entendeu que o *Bakeshop Act* violava a liberdade contratual. Tal direito não fora previsto na Constituição, mas estava sendo “construído” jurisprudencialmente a partir de uma leitura ampliada da 14ª Emenda à Constituição federal. Sustentava-se que a *liberty* protegida pela *due process clause* incluía o direito de estabelecer relações contratuais livres de qualquer interferência governamental desarrazoada. A USSC, porém, só havia aplicado tal entendimento uma única vez, no caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897). Afirmou-se, então, que a legislação novaiorquina interferia na liberdade contratual entre empregadores e empregados, sendo, portanto, inválida, pois não havia circunstâncias especiais e relevantes, como a necessidade de proteger a moral e ordem pública, a saúde, ou segurança.

Importantíssimos foram os votos vencidos de John Marshall Harlan e Oliver Wendell Holmes. Harlan sustentou que a maioria havia baseado sua argumentação numa presunção equivocada, de que quando a validade de uma lei era questionada em termos de sua compatibilidade constitucional, dever-se-ia partir da presunção de sua constitucionalidade, doutrina que depois se tornou hegemônica. Ele mencionou que tomadas de posição por parte do Legislativo deveriam ser prestigiadas, “a não ser que a violação às normas fundamentais da Constituição fosse clara e manifesta” (t.n.).

Ainda segundo Harlan, a maioria havia desconsiderado as provas das condições sub-humanas de trabalho a que estavam sujeitos os padeiros, com danos à sua saúde (FRIEDMAN, 1998, p. 217). No mesmo sentido posicionou-se Oliver Wendell Holmes²⁴. Holmes também criticou acerbamente a maioria vencedora, afirmando que

²³ Para uma leitura crítica do caso *McCulloch*, v. ELY (1980, p. 85/86).

²⁴ Através de seus posicionamentos em inúmeros casos, especialmente *Northern Securities Company v. United States* (1903), *Lochner v. New York* (1905), *Patterson v. Colorado* (1907), *Moyer v. Peabody* (1909), *Baily v. Alabama* (1910), *Fox v. Washington* (1915) e *Hammer v. Dagenhart* (1917), percebe-se que Holmes foi fiel ao que já expressara doutrinariamente, ou seja, da importância da previsibilidade no âmbito jurídico, razão pela qual o Judiciário deveria atuar dentro de estreitos limites (COHEN, 1989, p. 69 a 82).

a doutrina por ela acolhida nada mais fazia do que refletir teorias de darwinismo social e da economia do *laissez-faire*²⁵. Em suas famosas palavras: “uma Constituição não busca incorporar uma particular teoria econômica. Ela é feita para pessoas de pontos de vista fundamentalmente diversos”(t.n.)²⁶. Assim, os três fundamentos esposados no caso *Lochner* e que sustentaram a jurisprudência da USSC durante aquele período, são os seguintes: a liberdade contratual era um direito protegido pelas *due process clauses* da V e da XIV Emendas; o governo poderia interferir na liberdade contratual somente para garantir um válido objetivo de política pública, como a proteção da saúde, segurança ou moral públicas; o Judiciário deveria cuidadosamente escrutinar a legislação para verificar se era válido o objetivo buscado pela norma e se eram adequados os meios propostos para atingi-lo (CHEMERINSKY, 2015, p. 644).

Desse modo, apesar das críticas veementes feitas não só pela minoria vencida, mas também por boa parte dos juristas, políticos e a sociedade em geral, as ideias acolhidas pela maioria no caso *Lochner* continuaram a exercer forte influência sobre toda a jurisprudência norte-americana durante as três décadas seguintes, chamadas de *Era Lochner*. E entre 1905 e 1937, quando a Corte, com a mudança de sua composição, finalmente alterou seu posicionamento no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, cerca de duzentas (CHEMERINSKY, 2015, p. 644) leis estaduais (e algumas federais) foram derrubadas com base no caso *Lochner*²⁷.

Um desses casos foi *Adair v. United States* (1908). Na virada do século era comum que os empregadores exigissem de seus empregados que assinassem os chamados “*yellow dog contracts*” – “contrato de cachorro amarelo” traduzido para o português –, pelo qual o empregado prometia não se filiar a um sindicato. Com isso, uma lei do Congresso (*Erdman Act*), de 1898, proibiu as empresas ferroviárias de discriminar empregados por estarem sindicalizados ou não. Adair, um agente da *Louisville and Nashville Railroad*, foi acusado de ter demitido um maquinista por ter se sindicalizado. O caso chegou à USSC, que considerou inconstitucional a lei federal, por abusar do seu poder regulatório²⁸. E em mais de uma ocasião, também considerou inconstitucional leis estaduais que fixaram salário mínimo para mulheres, sob a alegação de que violava a liberdade contratual das partes (casos *Adkins v. Children’s Hospital* [1923] e *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo* [1936]).

Além disso, também considerou inconstitucional boa parte das medidas econômicas adotadas pelo Presidente Roosevelt, na execução de seu programa econômico (*New Deal*), com intervenções na economia nacional, para tirar o país da recessão e reduzir o desemprego. Reeleito por esmagadora maioria em 1937, Roosevelt queria alterar a composição da USSC, de forma a permitir-lhe a nomeação de mais membros liberais – o famoso *Packing Plan*. Foi nesse contexto que foi julgado o caso *Parrish*.

6 *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937) – a guinada da Suprema Corte: do ativismo ao moderado *self-restraint*

Enquanto o Congresso discutia acaloradamente o *Packing Plan*, a USSC, no caso *Parrish*, alterou sua posição a respeito das questões sociais e econômicas (episódio que foi ironicamente denominado “the switch in time that saved nine”)²⁹ e nunca mais voltou a julgar tais casos sob a ótica do *substantive due process of law*. Assim a proteção de direitos econômicos, desde 1937, passou a ser discutida sob outros dois fundamentos: a *contract clause* do Art. I, §10, da Constituição, e a chamada *takings clause*, da V Emenda.³⁰

²⁵ Nas palavras de Holmes: “*The Fourteenth Amendment had not enacted Mr. Herbert Spencer’s Social Statics*”. Spencer era um sociólogo e filósofo britânico, muito famoso naquele período histórico, e que defendia que a raça humana progredia mais eficazmente através de um processo de seleção natural, pelo qual o rico e poderoso naturalmente dominava o pobre e fraco.

²⁶ Segundo Roscoe Pound, o voto divergente de Holmes era “*perhaps the best exposition of the sociological movement in jurisprudence to have emerged in the United States to that date*” – *apud* DUXBURY (1995, p. 56).

²⁷ Sobre o contexto histórico desse caso e seus desdobramentos vide KENS (2001, p. 460) e SHUGERMAN (2012, p. 159 s).

²⁸ Sobre esse caso, v. FRIEDMAN (2002, p. 18), e HARTMAN, MERSEY e TATE (2004, p. 263/265).

²⁹ Na verdade, hoje se sabe que não foi por “medo” do *Packing Plan* que a USSC mudou sua orientação. A alteração ocorreu por duas razões. Owen Roberts, que anteriormente sempre votara contra as leis sociais, já havia manifestado sua intenção de alterar sua posição em dezembro de 1936, quando o caso *Parrish* foi discutido entre os juízes, bem antes de Roosevelt ter revelado seu *Packing Plan*. Além disso, houve a aposentadoria de um *Justice* conservador, substituído por um liberal, Hugo Black, o que fez com que fiel à balança, a partir de 1937, se inclinasse a favor de uma jurisprudência mais liberal – BURNS (2009, p. 148/149), UROFSKY (2001, p. 836), e MAY, IDES e GROSSI (2016, p. 48/50).

³⁰ É a lição de CHEMERINSKY (2015, p. 657). A *contract clause* (Art. I, §10, da Constituição) estabelece que “*On State shall ... pass any ... law impairing the obligation of contracts*”. Já a chamada *takings clause* está prevista na Emenda V, que prevê que tanto o governo federal quanto os governos locais têm o direito de desapropriar propriedade privada, mediante justa compensação. De acordo com a jurisprudência, por duas formas se configuram um *taking*: quando o governo confisca ou se apodera de propriedade alheia; ou quando a regulamentação governamental praticamente esvazia o conteúdo econômico da propriedade – *op. cit.*, p. 667/668.

No caso em tela, Elsie Parrish havia ajuizado uma ação pela qual pretendia cobrar a diferença entre o salário que lhe estava sendo pago há anos pelo Cascadian Hotel (pertencente ao West Coast Hotel Company), e o piso salarial vigente no Estado de Washington; tendo sucesso nas instâncias estaduais.

Na USSC, uma apertada maioria (5x4) passou a adotar o entendimento de que a liberdade contratual não configurava um direito constitucional. A Constituição protege a liberdade, mas esta pode ser objeto de regulamentação no interesse da sociedade, especialmente quando se trata de proteger o trabalho da mulher. Segundo o voto condutor, “a Constituição não fala de liberdade contratual. Fala de liberdade e proíbe a privação de liberdade sem o devido processo legal. Ao proibir essa privação, a Constituição não reconheceu uma liberdade absoluta e incontrolável” (...), pois ela “pode e deve ser regulada para que a cidadania seja protegida contra os males que ameaçam a saúde, a segurança, a moral e o bem-estar das pessoas” (t.n.). Adotou-se, portanto, uma postura de deferência ao legislador, sugerindo que, mesmo quando a razoabilidade de uma política pública fosse controvertida, o Legislativo poderia adotá-la, salvo quando se mostrasse evidentemente arbitrária ou caprichosa³¹.

Esse julgamento representou o fim da *Era Lochner*. Desde então a USSC mostrou-se mais deferente ao Legislativo em matéria de regulamentação econômica, voltando sua atenção para temas de direitos fundamentais ou para controlar a discricionariedade legislativa em matérias de grande impacto político, como a composição dos distritos eleitorais. Foi o que ocorreu com os casos *Baker v. Carr* e *Reynolds v. Sims*, analisados na sequência.

7 *Baker v. Carr* (1962) – protegendo a democracia: pondo fim às manipulações dos distritos eleitorais

Desde o início do século XX era perceptível a mudança demográfica da sociedade norte-americana, com a maioria da população passando a viver em cidades e não mais em áreas rurais. Essa alteração, porém, não encontrara eco na modificação dos distritos eleitorais, acarretando uma crescente desigualdade na importância do eleitor urbano frente ao rural. No Estado de Tennessee, por exemplo, em meados do século XX, apenas 11% da população vivia na área rural, e mais de 60% de seus deputados eram eleitos por tais eleitores. Com isso, Charles Baker, prefeito de Millington, Tennessee, percebeu a necessidade de alteração da composição do Legislativo, de forma que ele espelhasse a real composição da população estadual. Sentindo que não haveria solução pelas vias políticas, resolveu ajuizar uma ação judicial buscando alterar a situação. Nas instâncias iniciais, porém, sua pretensão foi rejeitada, sem análise do mérito, sob o argumento de que a questão era política, e não jurídica, não podendo ser apreciada pelo Judiciário.

Perante a USSC, três questões foram colocadas: se o Judiciário tinha *jurisdiction* (autoridade/competência para decidir questões envolvendo representação popular), se o autor tinha *standing* (uma espécie de legitimação para agir) e se o caso era *justiciable* (se poderia ser objeto de uma decisão judiciária, não sendo uma questão política). A Corte, por uma maioria de 6x2, respondeu afirmativamente a cada uma dessas questões e determinou que o caso fosse rejuizado à luz de sua orientação. Brennan, escrevendo pela maioria, em *obiter dictum*, fez questão de adiantar seu posicionamento sobre o mérito, afirmando que a forma como o Estado do Tennessee dividia seus distritos eleitorais era claramente inconstitucional, pois violava a cláusula da igual proteção da lei, garantida pela XIV Emenda.

Esse foi o primeiro de uma série de casos que conduziram a uma generalizada alteração das estruturas dos distritos eleitorais, culminando com o caso *Reynolds v. Sims* (1964).

8 *Reynolds v. Sims* (1964) – controle judicial da proporcionalidade eleitoral: a afirmação da tese do “one man, one vote”

Estimulados pela decisão, um ano depois do caso *Baker*, havia 36 ações judiciais nos diversos Estados norte-americanos, questionando a constitucionalidade da estrutura dos respectivos distritos eleitorais, diante da evidência de que o peso dos eleitores urbanos era inferior ao dos eleitores rurais. No estado de Alabama, onde o caso *Sims* surgiu, a população dos distritos variava de 6.700 eleitores até 104.000 eleitores; e, apesar dessa variação, cada distrito elegia um representante, pois se adotava o sistema eleitoral distrital. Assim, um grupo

³¹ Um bom resumo do caso, sua importância e suas consequências encontra-se em VILE (2014, p. 12/13); PATRICK (2006, p. 376/377), GROSSMAN (2000, p. 262s), DUDZIAK (1992), TRACHTMAN (2016, p. 128s) e MAY, IDES, e GROSSI (2016, p. 48/49).

de eleitores ajuizou uma ação judicial em que arguíam que a representação desigual dos cidadãos de Alabama era inconstitucional, e com apenas um voto vencido, a USSC afirmou que a XIV Emenda exigia que os Estados organizassem seus distritos eleitorais mediante respeito à igualdade entre os eleitores. Esclareceu-se que, no campo eleitoral, a discriminação com base na raça ou na riqueza era tão vedada quanto à discriminação com base na localização da residência do eleitor (se no campo ou na cidade), e que o princípio básico aplicável era “*one man, one vote*”.

O caso *Reynolds* teve um tremendo impacto na nação americana, pois todos os Estados tiveram de reorganizar seus distritos eleitorais para a adequação à orientação fixada pela USSC. Isso acabou mudando a composição das forças políticas, diminuindo o peso dos conservadores (PATRICK, 2006, p. 293-294). Assim, esta atuação da USSC teve importantes impactos no Legislativo, e dez anos depois, por decisão da Corte, abalou a Presidência dos EUA. O caso foi julgado em 1974 e entrou para a história como *United States v. Nixon*.

9 *United States v. Nixon* (1974) – quando o detentor do cargo mais poderoso do mundo teve de se curvar à Suprema Corte

Na madrugada de 17.06.1972 cinco arrombadores foram presos em flagrante, dentro do complexo Watergate, quando reviravam documentos na sede do Comitê Eleitoral do Partido Democrata em Washington, D.C. As investigações afastaram rapidamente a hipótese de uma simples tentativa de furto e passaram a apontar para uma ação coordenada pelo Partido Republicano. Aos poucos, certas prisões, delações e informações jornalísticas acabaram implicando sete dos principais assessores do governo Nixon. Dúvidas existiam, porém, o próprio Presidente tinha conhecimento e participação no episódio (GARMENT, 2002, p. 828-830 e PATRICK, 2006, p. 359-360).

Fora designado um *Special Prosecutor*, Archibald Cox, para investigar os fatos de forma independente. Diante da informação obtida de que todas as conversas ocorridas no Salão Oval da Casa Branca eram gravadas, Cox requisitou as gravações. Nixon ordenou que ele desistisse do pedido. Cox insistiu. Não tendo êxito em sua tentativa de impugnar judicialmente tal ordem, Nixon anunciou que enviaria transcrições editadas de algumas fitas, a serem conferidas privadamente pelo Senador Stennis, declarando que não enviaria outras fitas. Em 20/10/73 Cox afirmou que tal conduta era inadmissível e que ele deveria entregar as próprias fitas, e não transcrições, para seu exame.

Nixon, então, determinou que Eliot Richardson, seu *Attorney-General*³², demitisse Cox. Mas em vez de atender ao pedido, Richardson e seu vice renunciaram ao cargo. Nixon então ordenou ao *Solicitor-General*, terceira autoridade na hierarquia do *Department of Justice*, que demitisse Cox, o que foi feito em outubro de 1973. E, diante da reação social, um novo *Special Prosecutor* foi nomeado – Leon Jaworski. Este insistiu no pedido de entrega das fitas determinado pelo Juiz federal John Sirica, em abril de 1974, mediante um *subpoena* (ordem judicial coativa).

Novamente Nixon enviou algumas transcrições editadas, negando-se a entregar outras, alegando *executive immunity and privilege*. O juiz Sirica rejeitou a alegação de imunidade e determinou a entrega das fitas. Nixon recorreu diretamente, então, à USSC, que admitiu conhecer do caso, diante da sua relevância e urgência, antes mesmo de ser analisado pela Corte Federal de Apelações (GRAETZ e GREENHOUSE, 2016, p. 326s e CHEMERINSKY, 2015, p. 372-374).

Em julgamento unânime³³, repeliu-se a tese do Presidente Nixon, no sentido de que caberia somente a ele decidir o que poderia ou não ser entregue, em razão da cláusula de imunidade e privilégio presidencial; e que, havendo litígio a respeito, afirmou-se, sempre caberá à USSC interpretar a Constituição e fixar os limites dos outros poderes.

A Corte reconheceu que o *executive privilege*, embora não previsto formalmente, decorria dos poderes inerentes do Presidente, mas que o privilégio e a imunidade do Executivo não eram absolutos e o Presidente dos Estados Unidos “não estava acima da lei” (FRIEDMAN, 2002, p. 601), devendo ceder à determinação judicial que exige a apresentação de prova necessária a um processo criminal (CHEMERINSKY, 2015, p. 354), sendo que o “privilégio deve ser considerado à luz do nosso histórico empenho para a afirmação da ‘*rule of law*’, (...) segundo a qual o culpado não deve escapar nem o inocente sofrer” (GREENBAUM, 1992, p. 307-308).

³² Cargo que, nos Estados Unidos, além da chefia do Ministério Público Federal, substancialmente desempenha funções que no Brasil são atribuídas ao nosso Ministro da Justiça.

³³ Sabe-se ter havido desentendimento entre os *Justices*, por ocasião da discussão interna do caso, mas eles resolveram deixar suas diferenças de lado e buscar uma decisão unânime (TRACHTMAN, 2016, p. 160/163). Sobre a importância que os juízes atribuem a um julgamento unânime, v. ATIYAH e SUMMERS (1996, p. 288).

Assim, entre o interesse genérico da imunidade invocada e o interesse específico da persecução criminal, este último deve prevalecer, razão pela qual a Corte ordenou que o Presidente atendesse à ordem de entregar as fitas.

Nixon entregou as fitas em seis de agosto, pelas quais restou provado que ele havia obstruído investigação policial, ao ordenar ao FBI (Federal Bureau of Investigation) que não investigasse o caso *Watergate*. E, por isso, Nixon rapidamente perdeu todo o apoio político e em 09 de agosto renunciou à presidência.

Trata-se de um julgamento que só poderia ter ocorrido em democracias consolidadas, que devam um profundo comprometimento ao princípio de que todos os agentes políticos estão sujeitos à lei e que o direito representa também limites à política; sendo, nesse caso, o destino do ocupante do cargo mais poderoso do mundo substancialmente definido por uma decisão judicial. Desse modo, uma década mais tarde, o olhar da USSC voltou-se novamente para os limites dos poderes do Congresso.

10 *Bowsher v. Synar* (1986) – o caso que definiu o alcance dos poderes do Congresso enquanto órgão de controle do Executivo

Tratou-se de importante caso sobre o alcance do princípio da separação de poderes, buscando definir os limites do Congresso Nacional na função de controlador do Poder Executivo.

Em 1985 o Congresso norte-americano aprovou o *Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act*, uma tentativa de eliminar o déficit orçamentário federal. A lei previa um déficit máximo para cada um dos anos fiscais de 1986 a 1991 e que a *Comptroller General* (Controladoria Geral) teria poderes para rever orçamentos apresentados pelos diversos órgãos estatais e determinar ao Presidente que ordenasse a tais entes a redução de despesas e sua adequação à legislação.

O congressista Mike Synar, então, postulou a declaração de inconstitucionalidade da referida lei, por ferir o princípio da separação de poderes, tendo êxito na primeira instância.

A USSC aceitou conhecer do caso, antes da Corte Federal de Apelações e, por maioria de 7x2, declarou a inconstitucionalidade da lei. Reconheceu-se que é inerente ao sistema de separação de poderes “que ele produza conflitos, confusão e, por vezes, discórdias, mas isso foi deliberadamente assim estruturado de forma a garantir um pleno, vigoroso e aberto debate sobre as grandes questões que concernem ao povo e tornam operativos os freios ao exercício dos poderes de governo”.

Passando ao caso concreto, afirmou-se que como a Constituição não outorgava ao Congresso nenhum papel ativo na supervisão da execução das leis, não poderia um agente público – o *Comptroller General* – ser responsável perante o Congresso e ter o poder de fiscalizar a execução das leis, pois não poderia o Congresso delegar a alguém poderes que não possui (SARGENTICH, 2009, p. 34, HARTMAN; MERSKY e TATE, 2004, p. 480-481, e CHEMERINSKY, 2015, p. 348 e 368-369).

A partir disso, em épocas de crises extremas, como deve o Judiciário se comportar? É o que se verá com os casos tratados nesta última seção, julgados em tempos de guerra.

11 *Korematsu v. United States* (1944), *Hamdi v. Rumsfeld* (2004); *Rasul v. Bush* (2004); *Hamdan v. Rumsfeld* (2006); *Boumediene v. Bush* (2008) – quando rufam os tambores de guerra, deve o Judiciário se recolher?

A Constituição norte-americana estabelece o Presidente enquanto o Comandante-em-chefe das Forças Armadas e atribui ao Congresso poderes para financiar esforços bélicos, silenciando sobre o papel do Judiciário em tempos de guerra. A partir disso, por vezes, o Judiciário optou por uma postura mais deferente às ações dos poderes políticos, como ocorreu no caso *Korematsu* (1944). Em outras ocasiões, o Judiciário assumiu posturas mais incisivas, como nos casos *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), *Boumediene v. Bush* e *Al Odah v. U.S.* (2008).

Ao período da Segunda Guerra Mundial pertence uma das mais controversas decisões da USSC, o caso *Korematsu v. United States* (1944), no qual a Corte, por seis votos a três, não reconheceu a ilegalidade da internação em campos de concentração de 112 mil japoneses e descendentes de japoneses (ABRAHAM, 1998, p. 104) – a esmagadora maioria nascida nos EUA e com cidadania americana, incluindo crianças e idosos. Nenhuma acusação formal ou suspeita de deslealdade era necessária – bastava o fato de ser nipodendente. Essa foi a única vez em que a Suprema Corte validou uma patente de discriminação com base exclusivamente racial, em

desfavor de uma minoria, em razão do argumento governamental estar agindo para garantir a segurança do país (CHEMERINSKY, 2015, p. 727-728).

Quatro casos oriundos dessa internação foram parar na USSC: *Hirabayashi v. United States* e *Yasui v. United States*, julgados conjuntamente em 1943, e *Korematsu v. United States* e *Endo v. United States*, julgados em 1944 (UROFSKY, 2015, p. 246-251 e HARTMAN; MERSEY e TATE, 2004, p. 82-83).

Fred Korematsu era um cidadão americano, nipodescendente, nascido e criado na Califórnia que nunca tinha visitado o Japão, estando perfeitamente integrado ao *american way of life*. Em 1941, antes do ataque de Pearl Harbor, tentou se alistar na marinha norte-americana, mas foi recusado por razões de saúde. Foi então trabalhar num estaleiro, como soldador. Quando a guerra eclodiu, ele perdeu seu emprego em razão de sua origem étnica. Quando em 09/05/1942 foi determinada a segregação em campos de internação de todos os nipodescendentes, Korematsu entendeu que aquela ordem não o envolvia, e não se apresentou. Foi descoberto, preso e condenado por violar as ordens militares (PATRICK, 2006, p. 197).

Examinando o caso, a USSC entendeu que a prisão não violava o devido processo legal, afirmando que em tempo de guerra são inevitáveis as violações das liberdades civis. Ainda admitindo que “todas as restrições legais que limitam os direitos civis devem imediatamente ser tidas como suspeitas”, sustentou-se que “isso não significa que todas as restrições sejam inconstitucionais”, pois “razões de necessidade pública por vezes podem justificar tais restrições”. Entendeu-se que a guerra contra o Japão e o temor das autoridades militares quanto à presença de espões justificavam as extremas medidas então tomadas. Admitiu-se também que a ordem de internação dos descendentes de japoneses era muito gravosa, mas que “adversidades fazem parte da guerra, e a guerra é um agregado de adversidades”.

Três *Justices* dissentiram, sustentando que a internação deveria ser decidida através de investigações para separar os japoneses leais daqueles suspeitos (WHITE, 1988, p. 224, TARCHI, 1999, p. 272-277 e FINKELMAN, 2001, p. 424). E embora o precedente do caso *Korematsu* jamais tenha sido *overruled*, a história demonstrou que as medidas foram exageradas em relação à quase totalidade dos envolvidos, fiéis cidadãos norte-americanos; tanto que, na década de oitenta, o Congresso reabriu investigações sobre o tratamento dado aos nipo-americanos durante a guerra e reconheceu oficialmente a “grave injustiça” da internação compulsória daquela população, oferecendo indenizações de 20 mil dólares para cada nipodescendente internado e que ainda estivesse vivo (PATRICK, 2006, p. 198-199).

Cinquenta anos depois, ao julgar o caso *Adarant v. Pena* (1995), a Suprema Corte reconheceu que os casos *Hirabayashi* e *Korematsu* foram decididos erroneamente (WEINER, 2002, p. 432). Todavia, esse debate não ocorre somente em tempos de guerra “tradicional”, de um exército contra outro; e, após os ataques de 11/09/2001, o Congresso norte-americano aprovou uma Resolução (*War on Terror*) autorizando o Presidente a usar força militar contra países, organizações ou pessoas responsáveis pelo ataque e adotar as medidas necessárias para prevenir futuros ataques.

Com base nessa Resolução, o governo Bush encetou esforços globais para prender suspeitos de envolvimento com atos terroristas. O problema é que na guerra contra o terror a identificação do inimigo nem sempre é simples, sendo também difícil distinguir um terrorista de um simples simpatizante da causa. A Convenção de Genebra prevê que combatentes inimigos podem ser considerados prisioneiros de guerra, mas também prevê que aqueles que afirmem não ser combatentes devem ter o direito ao devido processo legal.

Muitas das pessoas que foram presas em nome da *War on Terror* não se afirmaram como combatentes. O governo Bush sustentava que quem não fosse cidadão americano não poderia acessar a justiça americana, especialmente se estivesse preso fora dos Estados Unidos, razão pela qual construiu uma prisão especial para terroristas, na base americana de Guantánamo, Cuba. De acordo com tal raciocínio, pretendia-se que o que acontece em Guantánamo, fica em Guantánamo.

No Afeganistão, em 2001 foi capturado Yasir Hamdi, nascido nos Estados Unidos, embora de ascendência saudita e tendo se mudado com a família para a Arábia Saudita em tenra idade. Em 2002 foi ele transferido para a prisão de Guantánamo. Meses depois, ao constatarem sua cidadania americana, foi transferido para prisão militar em solo americano. Alegou-se, em *habeas-corpus*, que, como cidadão norte-americano, não podia ele ser mantido preso indefinidamente, sem oportunidade de se defender das acusações, negando veementemente ser combatente.

A USSC, então, afirmou que Hamdi tinha direito ao devido processo legal, devendo ser informado sobre as bases da acusação, assegurando-lhe a oportunidade de rebatê-las. Sustentou-se que apesar do Presidente

ser o Comandante-em-chefe das forças armadas, a guerra não lhe dá um cheque em branco para infringir os direitos de cidadãos norte-americanos. Afirmou-se que por relevante que seja o interesse do governo em deter aqueles que representam uma ameaça imediata à segurança nacional durante conflitos bélicos, a história ensina que um sistema de detenção sem controle tem o potencial de se tornar um meio de opressão e abuso de outras pessoas que não apresentam esse tipo de ameaça: “é durante nossos momentos mais desafiadores e incertos que o compromisso de nossa nação com o devido processo é mais severamente testado; e é nesses momentos que devemos preservar em casa nosso compromisso com os princípios pelos quais lutamos no exterior”³⁴.

Assim, após a decisão da Suprema Corte, o governo norte-americano e Hamdi chegaram a um acordo: em troca de sua libertação, Hamdi concordou em deixar o país e renunciar à sua cidadania (CHEMERINSKY, 2015, p. 396-397).

Junto com o caso *Hamdi* foi também julgado o caso *Rasul v. Bush* (542 U.S. 466 [2004])³⁵, em que se afirmou que as Cortes Federais de Justiça têm competência para analisar *habeas corpus* impugnando a legalidade da prisão de combatentes inimigos³⁶. Esses casos assentaram que quando os poderes políticos infringem liberdades pessoais em nome da segurança, a teoria constitucional dos *checks and balances* impõe que se preserve um papel importante para o poder Judiciário, na defesa das mesmas (DORF e MORRISON, 2010, p. 122).

Como reação a esses casos, o governo Bush conseguiu a aprovação do *Detainee Treatment Act*, criando os *Combatent Status Review Tribunals – CSRTs* –, uma espécie de tribunal militar especial para lidar privativamente com casos de reclamações de detentos sob suspeita de terrorismo.

No caso *Hamdan v. Rumsfeld* (2006), uma maioria de 5x3 invocou o *Uniform Code of Military Justice*, que exigia que cortes militares, como o *CSRT*, deveriam oferecer real oportunidade de defesa aos acusados. Como isso não ocorrera, determinou-se que Hamdan fosse submetido a regular julgamento.

Reagindo também ao julgamento no caso *Hamdan*, Bush fez aprovar pelo Congresso uma nova lei – a *Military Commissions Act* –, acrescentando um pouco mais de formalidades processuais às cortes militares, mas substancialmente mantendo a situação anterior. Em resposta a tal estratégia, novas demandas surgiram, envolvendo 37 detentos de Guantánamo, ajuizando as demandas em nome de dois deles, Lakhdar Boumediene (caso *Boumediene v. Bush*), um argelino preso na Bósnia, e Fawzi al Odah (caso *Al Odah v. U.S.*), um kuwaitiano capturado no Afeganistão; ambos com as detenções ocorridas em 2001 e que pediam acesso à justiça ordinária para provar sua inocência (CHEMERINSKY, 2015, p. 159-399).

Numa apertada maioria de 5x4, a USSC sustentou que o alcance da Constituição não é limitado nem pela geografia, nem pela guerra. Ela não permite que o governo encarcere qualquer pessoa, cidadão ou não, em guerra ou em paz, em território americano ou no exterior, sem observar o básico *due process of law*. Como as cortes militares não observavam tal garantia, os acusados tinham direito ao *writ of habeas corpus* para que as cortes ordinárias pudessem examinar a legalidade de suas prisões. Nas palavras do voto condutor, “*the laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times*”, sendo que nenhum ramo do governo pode “*switch the Constitution on or off at will*”³⁷.

Paradoxalmente, porém, a maré judicial voltou a se alterar com o tempo, considerando o conjunto das decisões judiciais; e entre 2008 e 2010, 56% dos *habeas corpus* impetrados em favor dos detentos foram exitosos. A partir de julho de 2010, porém, a taxa de êxito caiu para meros 8%. Em 2012 a Suprema Corte recusou-se a conhecer recurso de sete detentos de Guantánamo. Com isso, ficou mantida a orientação das instâncias inferiores, que tornava mais difícil a defesa dos detentos³⁸.

É hora de encerrar.

³⁴ Caso *Hamdi v. Rumsfeld*, voto da Justice O'Connor. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-6696.pdf>, p. 27. Acesso em 10/04/2022.

³⁵ O caso *Rasul v. Bush* (2004) envolvia dois cidadãos australianos e 12 kuwaitianos que haviam sido capturados no Afeganistão e levados para a base naval de Guantánamo, tendo impetrado *habeas corpus* em razão de sua detenção indefinida, sem acusações formais (VILE, 2014, p. 97 e CHEMERINSKY, 2015, p. 398).

³⁶ Sobre os desafios jurídicos do *U.S.A. Patriot Act of 2001*, v. HAY (2010, p. 321/323).

³⁷ Sobre essa queda de braço entre os ramos políticos e o Judiciário envolvendo os presos em Guantánamo, v. CHEMERINSKY (2016, p. 944/946).

³⁸ Segundo informações obtidas em TRACHTMAN (2016, p. 172). Também boas informações sobre os casos *Rasul v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld*, *Hamdan v. Rumsfeld*, e *Boumediene v. Bush*, encontram-se em BURNS (2009, p. 244/246) e CHEMERINSKY (2015, p. 395/400).

12 Considerações finais

A Suprema Corte dos Estados Unidos realmente é uma corte suprema. Começou a construir seu papel na arquitetura dos poderes da grande nação americana há mais de duzentos anos, ao julgar o caso *Marbury v. Madison*. Nesse caso ela se atribuiu o poder de invalidar leis emanadas do Congresso Nacional, sob o argumento de sua contrariedade à Constituição. A partir de então, em uma série de outros casos importantes, firmou-se como a intérprete final da Constituição, poder esse que lhe permitiu definir o alcance e os limites não só dos demais poderes da União, mas também dos governos estaduais. Sua atuação ajudou a moldar e a consolidar os experimentos do constitucionalismo rígido, do presidencialismo e do federalismo, instituições peculiares criadas pelo gênio político dos *founding fathers*.

Em outras áreas, não aqui tratadas, a Suprema Corte também contribuiu substancialmente para fixar os contornos dos direitos e liberdades fundamentais (lá chamados de *civil rights*), dos direitos processuais de réus criminais, do alcance da liberdade religiosa, e de inúmeros outros aspectos essenciais para a cidadania em geral.

Por vezes, sua atuação foi reacionária, neutralizando atuações mais liberais dos demais poderes e impedindo avanços sociais, como ocorreu com o caso *Lochner*, e também em outros casos aqui não tratados, como as criticáveis decisões proferidas nos casos *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Civil Rights cases* (1883), *Plessy v. Ferguson* (1896). Mas após o encerramento da chamada *Lochner Era*, as decisões da Suprema Corte tenderam a ser mais liberais e protetivas dos direitos dos cidadãos e da própria democracia, como ocorreu com os casos *Baker v. Carr*, *Reynolds v. Sims*, *United States v. Nixon*, dentre outros.

A composição da Corte, nos vários períodos históricos, influenciou marcadamente sua orientação, mais liberal ou mais conservadora. O espírito pragmático anglo-saxão, presente também na pátria americana, aceita isso com naturalidade, entendendo que, no longo andar da história de uma nação, a alternância entre cortes conservadoras e progressistas acaba resultando em um equilíbrio aceitável.

O fato é que, criticada ou elogiada, conservadora ou liberal, a Suprema Corte conquistou um lugar central entre as instituições norte-americanas, cumprindo o papel desenhado pelos fundadores daquela nação, qual seja a de controlador dos demais poderes, delimitando suas atribuições, de forma a melhor proteger os direitos dos cidadãos, tornando-a verdadeiramente suprema.

Referências.

ABRAHAM, Henry J. **The judicial process**. 7. ed. New York: Oxford University Press, 1998.

AMAR, Akhil Reed. **The bill of rights**. New Haven: Yale University Press, 1998.

AMAR, Akhil Reed. **The law of the land: a grand tour of our constitutional republic**. New York: Penguin Books, 2015.

ATIYAH, P. S.; SUMMERS, R. S. **Form and substance in anglo-american law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions**. New York: Clarendon Press: Oxford University Press, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 1-41, jan./fev. 2010. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/32985>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1985.

BILDER, Mary. The corporate origins of judicial review. **The Yale Law Journal**, [s.l.], v. 116, n. 3, p. 502-566, dez. 2006. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1165&context=lsfp>. Acesso em: 29 jun. 2021.

- BOYER, Paul S. (ed.). **The Oxford Companion to United States history**. New York: Oxford University Press, 2001.
- BURNS, James MacGregor. **Packing the court: the rise of judicial power and the coming crisis of the supreme court**. New York: The Penguin Press, 2009.
- BUTTÀ, Giuseppe (ed.). **John Marshall, 'Judicial Review' e stato federale**. Milano: Giuffrè, 1998.
- CAMPOS, German J. Bidart; CARNOTA, Walter F. **Derecho constitucional comparado**. Buenos Aires: Ediar, 2001. t. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo P. Gonçalves. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1984.
- CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald; MANNING, Kenneth L. **Judicial process in america**. 9. ed. Thousand Oaks: Sage; California: Coppers, 2014.
- CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 5. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015.
- CHEMERINSKY, Erwin. **Federal jurisdiction**. 7. ed. New York: Wolters Kluwer, 2016.
- CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada: Brasil, Itália, Alemanha e EUA**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- COHEN, Jeremy. **Congress shall make no law: Oliver Wendell Holmes, the first amendment, and judicial decision making**. Ames: Iowa State University Press, 1989.
- CLINTON, Robert Lowry. Verbete "McCULLOCH v. MARYLAND". In: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 550.
- DORF, Michael C.; MORRISON, Trevor W. **Constitutional Law**. New York: Oxford University Press, 2010. (The Oxford Introductions to U.S. Law).
- DUDZIAK, Mary L. Verbete "West Coast Hotel Co. v. Parrish". In: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992. p.444.
- DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 1995.
- EDLIN, Douglas E. **Judges and unjust laws: common law constitutionalism and the foundations of judicial review**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2008.
- ELLIS, Richard E. Verbete McCulloch v. Maryland. In: HALL, Kermit L.; ELY JR., James W. (ed.). **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 214-217.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FINKELMAN, Paul. Verbete "Korematsu v. United States". In: BOYER, Paul S. (ed.). **The Oxford Companion to United States History**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 424-426.
- FINKELMAN, Paul. Verbete "Story, Joseph". In: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002. p 378-380.
- FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. **American law in a global context: the basics**. New York: Oxford University Press, 2005.
- FRIEDMAN, Lawrence M. **American law: an introduction**. 2. ed. New York: W. W. Norton & Co, 1998.
- FRIEDMAN, Lawrence M. **American law in the 20th century**. New Haven: Yale University Press, 2002.
- GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. 3. ed. Torino: UTET, 2008. (Trattato di Diritto Comparato).

- GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. **Le droit de l'occident et d'ailleurs**. Paris: L.G.D.J., 2011.
- GARMENT, Leonard. Verbete "Watergate". *In*: HALL, Kermit L. (ed.) **The Oxford Companion do American Law**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 828-830.
- GARRY, Patrick M. Verbete "Civil Liberties". *In*: BOYER, Paul S. (ed.). **The Oxford Companion to United States History**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 489-491.
- GRAETZ, Michael J.; GREENHOUSE, Linda. **The burger court and the rise of the judicial right**. New York: Simon & Schuster, 2016.
- GREENBAUM, Jeffrey (org.). **Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati: uniti – I giudici Warren e Burger**. Milano: Giuffrè, 1992.
- GREENHOUSE, Linda. **The U. S. Supreme Court: a very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GROSSMAN, George S. (ed.). **The spirit of american law**. Boulder: Westview, 2000.
- HALL, Kermit L.; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul. **American legal history: cases and materials**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1996.
- HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002.
- HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. **The pursuit of justice: Supreme Court decisions that shaped america**. New York: Oxford University Press, 2006.
- HALL, Kermit L. Verbete *Martin v. Hunter's Lessee*. *In*: HALL, Kermit L.; ELY JR., James W. (ed.). **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- HALL, Kermit L.; ELY JR., James W. (ed.). **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. New York: Bantan Dell, 2003.
- HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. **Landmark Supreme Court cases : the most influential decisions of the Supreme Court of the United States**. New York: Facts on File, 2004.
- HAY, Peter. **Law of the United States**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2010.
- JOHNSON, Herbert A. Verbete "*Marbury v. Madison*". *In*: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002. p.521-526.
- KENS, Paul. Verbete "*Lochner v. New York*". *In*: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992. p.460.
- MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução: Américo Logo. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça).
- MAY, Christopher N.; IDES, Allan; GROSSI, Simona. **Constitutional law: national power and federalism**. 7. ed. New York: Wolters Kluwer, 2016.
- NELSON, William. Property. *In*: MORRISON, Alan B. (ed.). **Fundamentals of american law**. New York: Oxford University Press, 1997. p. 266.
- NEWMYER, Kent R. The Supreme Court under Marshall and Taney. *In*: GROSSMAN, George S. (ed.). **The spirit of american law**. Boulder: Westview, 2000. p.100.
- PATRICK, John J. **The Supreme Court of the United States: a student companion**. New York: Oxford University Press, 2006.

- PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The origins of Judicial Review. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 70, n. 3, p. 887-982, 2003.
- REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao direito constitucional dos Estados Unidos da América**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.
- REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York: Alfred A. Knopf, 2001.
- RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1992.
- SARGENTICH, Thomas O. Verbete *Bowsher v. Synar*. In: HALL, Kermit L.; ELY JR., James W. (ed.). **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 34.
- SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993.
- SCHWARTZ, Bernard. **Algunos artifices del derecho norteamericano**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.
- SHUGERMAN, Jed Handelsman. **The people's courts: pursuing judicial independence in america**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- STEIN, Peter. **I fondamenti del diritto europeo**. Tradução: Anna De Vita, Maria D. Panforti e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè Ed., 1987.
- STITES, Francis N. Verbete “*McCulloch v. Maryland (1819)*”. In: BOYER, Paul S. (ed.). **The Oxford Companion to United States History**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 481.
- STITES, Francis N. Verbete “*Marshall, John (1755-1835)*”. In: BOYER, Paul S. (ed.). **The Oxford Companion to United States History**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 399.
- TARCHI, Rolando (org.). **Corso de diritto comparato: casi e materiali**. Milano: Giuffrè, 1999. v. 1.
- THAYER, James B.; FRANKFURTER, Felix. **Government under law**. Cambridge: Harvard University Press, 1956.
- TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes' greatest hits: the 44 Supreme Court Cases that most directly affect your life**. 2. ed. New York: Sterling, 2016.
- UROFSKY, Melvin I. Verbete “*West Coast Hotel Company v. Parrish (1937)*”. In: BOYER, Paul S. (ed.). **The Oxford Companion to United States History**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 836.
- UROFSKY, Melvin I. **Dissent and the Supreme Court: its role in the Court's history and the nation's constitutional dialogue**. New York: Pantheon Books, 2015.
- VILE, John R. **Essential Supreme Court Decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional law**. 16. ed. Lanham: Rowman & Littlefield, 2014.
- WEINER, David. Verbete “*Japanese Internment*”. In: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 432.
- WHITE, G. Edward. **The american judicial tradition: profiles of leading american judges**. New York: Oxford University Press, 1988.
- WHITE, G. Edward. **Law in american history: from the colonial years through the civil war**. New York: Oxford University Press, 2012. v. 1.
- 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.

Recebido em: 11.06.2021

Aceito em: 07.03.2022