

Esplendores e Misérias do Constitucionalismo*

Elisabeth Zoller

Professora da Universidade Robert Schuman, de Estrasburgo.

1. Como os Estados Unidos se tornaram a terra de eleição do constitucionalismo. De todos os Estados dotados de constituições escritas e rígidas, os Estados Unidos da América são certamente aquele onde o constitucionalismo atingiu o seu apogeu. Essa situação não é de modo nenhum fortuita e explica-se por duas razões essenciais. Em primeiro lugar, foi na terra americana que nasceu essa doutrina que eleva a Constituição ao grau de lei culminante (*paramount law*), reinando a título supremo (*Supreme Law of the Land*) e invalidando, pelas vias judiciais, toda a norma jurídica inferior contrária, incluindo a lei ordinária feita pelo legislador (*judicial review*).¹ Depois, e sobretudo, nos Estados Unidos, o constitucionalismo foi, desde as suas origens, colocado concretamente em aplicação com a criação de um órgão jurisdicional que lhe deu forma institucional. Trata-se do Supremo Tribunal, instituição cujo poder impressionou tanto os observadores, a começar por TOCQUEVILLE, que sublinhava o seu “lugar elevado (...) entre os grandes poderes do Estado”.²

* Publicado na *Revista Subjudice*, n. 12, jan./jun. 1998.

1 Sobre esses desenvolvimentos, ver STOURZH, Gerald. Constitution: changing of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: BALL, Terence; POCKOCK, J. G. A. (eds.). *Conceptual change and the Constitution*. University Press of Kansas, 1988. Esse resultado apenas pôde ser alcançado à custa de uma transformação da noção de Constituição que, da condição de “Lei Fundamental” (*fundamental law*) passou à de “Lei Suprema” (*supreme law*). Sobre essa transformação, obra mais completa é a de SYLVIA SNOWISS (*Judicial review and the law of the Constitution*. Yale University Press, 1990), que explica muito bem como se desenvolveu esse processo desde a Convenção de Filadélfia até *Marbury v. Madison* (1803). O factor decisivo foi o de pensar a Constituição como “direito” ou, se se preferir, de ver neste documento, durante muito tempo considerado como um “acto político”, um “ato jurídico”. Note-se que em França esta modificação paradigmática se operou após 1834, quando GUIZOT, na sua proposta de criação da primeira cadeira francesa de direito constitucional, explica ao rei a propósito da Carta: “Já não é para nós um simples sistema filosófico consagrado às disputas humanas, é a lei escrita, reconhecida, que pode e deve ser explicada, comentada da mesma forma que a lei civil ou qualquer outra parte da nossa legislação” – citado por PIERRE LAVIGNE (Le Comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français, *Mélanges Jean-Jacques Chevallier*, Cujas, 1977, p. 174).

A partir do momento em que a Constituição é pensada como regra jurídica, ou como bem diz S. SNOWISS, a partir do momento em que ela é “legalizada”, a intervenção de um juiz para “explicar”, “comentar”

Essa posição excepcional do Supremo Tribunal na organização constitucional dos Estados Unidos deve-se na realidade à estrutura federal da União. Se os constituintes da Filadélfia (1787) não tivessem tido de encontrar os meios para “formar uma união mais perfeita” (Preâmbulo), seria duvidoso que “um tão imenso poder judicial alguma vez fosse constituído em qualquer povo”.³ Para manter a União firmada, era necessário despolitizar, dito de outra forma, jurisdicionalizar, os conflitos entre Estados-membros e os conflitos entre estes e União; tornava-se, pois, necessário tornar a Constituição um acto jurídico (e não político) e confiar a um poder judicial competência para decidir “todas as causas (...) surgidas sob o domínio da Constituição” (art. III, séc. 2-1).⁴ Apenas alguns anos após a entrada em vigor da Constituição, esse poder judicial tornou-se ainda maior em virtude da decisão *Marbury v. Madison* (1803),⁵ que declarou oponente ao Congresso e ao Presidente o princípio da garantia judiciária da supremacia constitucional, inicialmente afirmada de maneira explícita apenas face aos Estados (art. VI). O Supremo Tribunal, e com ele o Poder Judicial federal, devia daí retirar “um poder político imenso”.⁶

2. O fim do governo dos juízes; que consequências para o constitucionalismo? Dessa evolução inúmeras vezes descrita,⁷ resulta que nenhum outro Estado deu, como os Estados Unidos, uma forma mais perfeita ao constitucionalismo. Houve um tempo em que o sistema estava tão aperfeiçoado que o Supremo Tribunal chegou a elevar-se acima do Executivo e do Legislativo e que, com base no princípio da supremacia judicial (*judicial supremacy*), impunha o respeito pela Constituição quer ao Presidente, quer ao Congresso.⁸

(nos termos de GUIZOT), em suma, interpretar este acto jurídico surge como natural. Poderíamos dizer com MONTESQUIEU que se impõe em razão da natureza das coisas porque, como o dirá o juiz MARSHALL em *Marbury v. Madison*: “é por excelência do poder e dever do juiz esclarecer o que é o direito”. É por isso que, em França, na III República, os publicistas podiam sustentar, como recentemente lembrava JACQUES ROBERT que “o poder, para o juiz, de afastar a lei inconstitucional decorre directamente do seu poder de resolver os conflitos de leis” – ver *Revue du droit public*, 1987, p. 1151-1180, principalmente, p. 1157.

2 *De la démocratie en Amérique, I, I, VIII*, Bibliothèque de la Pléiade, p. 167.

3 *Ibid.*, p. 167.

4 Este aspecto do problema foi muito bem visto por JACQUES LAMBERT: “O Supremo Tribunal é assim, simultaneamente um *tribunal internacional* possuindo competência, quer para resolver os conflitos entre diferentes Estados, quer para aplicar aos seus nacionais as regras do direito internacional privado, e um *tribunal nacional* encarregado de resolver todos os litígios que nascerão das leis votadas pelo legislativo nacional”, em *Histoire constitutionnelle de l’Union américaine, v. I: La naissance du fédéralisme aux États-Unis*, Sirey, 1930, p. 235 (itálicos acrescentados).

5 1 Cranch (5US) 137 (1803). Tradução parcial nesta revista.

6 TOCQUEVILLE, A. de. Op. cit., I, I, VI, *supra*, nota 2, p. 113.

7 Ver LAMBERT, Jacques. *Lès origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis – Marbury v. Madison*. *Revue du droit public*, p. 5-69, 1931; TOINET, M. F. *Le système politique des États-Unis*. Paris: PUF, 1990, p. 97-98. (Collection Thémis)

8 A evolução foi bem traçada por ROBERT H. JACKSON (*The struggle for judicial supremacy – a study in a crisis in American power politics*. New York: A. Knopf, 1949).

A crise do New Deal desferiu um golpe fatal nessas ambições, e é certo que o “governo dos juízes”,⁹ tal como o Supremo Tribunal exercia no início do século, bloqueando o desenvolvimento da legislação social nos Estados Unidos, conhece hoje o seu fim.¹⁰

Apesar disso, a doutrina talvez ainda não tenha prestado suficiente atenção até aqui às consequências desta queda no próprio constitucionalismo. Se é verdade que o Supremo Tribunal não governa, terá no entanto ainda capacidade para fazer respeitar a Constituição, quer pelo Presidente (I), quer pelo Congresso (II)?

I – O SUPREMO TRIBUNAL E O PRESIDENTE

3. O caso *Marbury v. Madison* e as primeiras dificuldades. Que o Supremo Tribunal se encontra numa posição delicada para lembrar ao Presidente do respeito pela Constituição é uma constatação que *a priori* não parece ser objecto de grandes comentários. É uma evidência que decorre da bem conhecida afirmação de MONTESQUIEU: “[o poder] de julgar é de alguma forma nulo”.¹¹ Depois dele, HAMILTON não disse outra coisa ao sublinhar que, pela natureza das suas funções, o Judicial seria sempre o “menos perigoso” dos poderes na medida em que “não tinha influência nem sobre a bolsa nem sobre a espada”.¹² O próprio Supremo Tribunal teve essa experiência desde o princípio com o caso *Marbury v. Madison* (1803). Essa decisão passou à história – a justo título – como uma grande decisão de princípio. Mas é preciso não esquecer que, num sentido, foi também uma decisão de circunstância. Sabemos que *Marbury* reconheceu ao juiz americano o poder de declarar uma lei do Congresso como inconstitucional. Todavia, nem sempre se sabe (ou finge saber-se) que esta audaciosa afirmação era o único meio pelo qual o juiz MARSHALL (e o Supremo Tribunal com ele) podiam não perder a face perante a administração de JEFFERSON. Na origem de *Marbury*, está esta constatação banal, mas essencial, de que os juízes não têm poder; detêm apenas autoridade.¹³ Quando o Supremo Tribunal exigiu ao Executivo que

9 A expressão foi forjada por ÉDOUARD LAMBERT (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard, 1921). É utilizada muito raramente nos Estados Unidos, ver, contudo, antes do estudo de ÉDOUARD LAMBERT, o artigo de L. B. BOUDIN (*Government by Judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. Cambridge: Harvard University Press, 1977).

10 Ver PINTO, Roger. La fin du gouvernement des juges. *Revue du droit public*, p. 833-957.

11 *De l'esprit des lois*, XI, 6, Bibliothèque de la Pléiade, p. 401.

12 *Le Fédéraliste*, n. 78; trad. francesa, *Du mensonge à la violence*. Presses Pocket, p. 143-146.

13 A distinção entre autoridade e poder foi feita por CÍCERO: *potestas in populo, auctoritas in senatu*. Foi aprofundada por HANAH ARENDT (*Crises of the Republic*. trad. francesa, *Du mensonge à la violence*. Presses Pocket, p. 143-146).

se justificasse e explicasse o que tinha acontecido ao acto de nomeação do juiz MARBURY, o Secretário de Estado MADISON não se dignou responder ao Supremo Tribunal, e nenhum funcionário do seu ministério compareceu perante o mesmo, de tal forma que, a não ser para alimentar esperanças insensatas, era evidente que a decisão a proferir permaneceria inexecutada. O génio do juiz MARSHALL foi o de compreender que deveria proferir uma decisão que não precisasse de ser executada. Donde essa admirável construção que consistiu em afirmar que MARBURY tinha razão, mas que o Supremo Tribunal estava privado dos meios de o restabelecer nos seus direitos.¹⁴ Para chegar a este resultado, não havia outra forma que não fosse a de investir o Supremo Tribunal no poder de anular uma lei do Congresso. O juiz MARSHALL quis apenas solucionar esse caso, ou estabelecer o princípio da supremacia judiciária como corolário obrigatório da supremacia constitucional, ou ambos? Centenas de obras foram escritas sobre essa questão, mas ninguém está hoje em condições de lhe responder de forma segura¹⁵ (*Marbury v. Madison: as origens da judicial review*).

4. As precauções tomadas pelo juiz MARSHALL. A “incapacidade de obrigar”¹⁶ foi muitas vezes sentida pelo Supremo Tribunal. Não é exclusivamente deste, pois todos os tribunais do mundo conhecem a mesma sorte. É essencial nessa circunstância, na medida em que ela explica as razões pelas quais, ao longo da sua história, o Supremo Tribunal sempre evitou envolver-se em provas de força com o Executivo. Desde o caso *Marbury* que o juiz MARSHALL tomou consciência do limite dos poderes do Supremo

14 As dificuldades encontradas por MARSHALL e a guerra de trincheiras que o opôs a MADISON estão bem traçadas por JOHN A. GARRATY (*The case of the missing commissions*. In: *Quarrels that have shaped the Constitution*. New York: Harper & Row, 1987, p. 7-19).

15 Simplificando muito as coisas, o coração do debate está em saber se *Marbury* pode ser interpretado como tendo ou não conferido ao Poder Judicial competência exclusiva para ser o intérprete último e final do texto constitucional; entre inúmeras obras, a de ROBERT A. BURT (*The Constitution in Conflict*. Harvard University Press, 1992) sustenta e explica muito bem que tal não era a intenção do juiz MARSHALL. Só que, ao fazer a exegese da Constituição, MARSHALL lançou as bases da supremacia judicial (ver *supra*, nota 1). A supremacia judicial acompanha a supremacia constitucional como a sua sombra. Notaremos que, nos Estados Unidos, foi na verdade o federalismo quem tornou esta supremacia constitucional indispensável e necessária. Sem a cláusula da supremacia inscrita no art. VI, a Constituição americana teria podido bem permanecer no estado de “direito político”; o que provavelmente teria, a maior ou menor prazo, significado o fim da União. Para manter, era necessário jurisdicionalizar o pacto fundamental, e era finalmente para isso que o art. VI tendia. Nos Estados como a França, que naturalmente nunca conheceram os imperativos do Estado federal, o direito constitucional pôde, durante muito tempo, permanecer um direito político. Mas, nos Estados Unidos, uma tal opção teria sido suicidária. É nesse sentido que podemos dizer que não existe praticamente uma questão no direito constitucional americano que não tenha o seu ponto de partida no federalismo.

16 A expressão é de M. F. TOINET (*Puissance et faiblesse de la Cour Suprême, Pouvoirs*, n. 59, p. 17-30, principalmente p. 20, 1991).

Tribunal face ao Presidente. Para o grande juiz americano, não se colocava a questão de desafiar este último e explicava-se nestes termos:

“A íntima relação política que existe entre o Presidente dos Estados Unidos e os chefes dos departamentos ministeriais só pode tornar tão particularmente irritante quanto delicada qualquer investigação judicial sobre os actos destes altos funcionários; suscita também algumas hesitações quanto à oportunidade de efectuar. Experimentam-se frequentemente impressões, sem muita reflexão nem exame, e não nos deve surpreender que, num caso como o que nos é submetido, a reivindicação dos seus direitos por um indivíduo perante um tribunal – direitos sobre os quais o tribunal tem o dever de se pronunciar – poderia à primeira vista ser considerado como uma tentativa de ingerência nos assuntos de gabinete e de interferência nas prerrogativas do Executivo.

Não quer dizer que o Supremo Tribunal deva rejeitar qualquer pretensão ao exercício de tais direitos. Uma extravagância tão absurda como excessiva não poderia ser sustentada nem por um instante. O papel do Supremo Tribunal é unicamente o de se pronunciar sobre os direitos dos indivíduos e não o de investigar a forma como o Executivo ou os funcionários exercem as funções em relação às quais detêm um poder discricionário. As questões que são por natureza políticas ou que são do âmbito da Constituição e as leis da competência do Executivo não podem ser discutidas perante este Tribunal.” *(O Supremo Tribunal sempre evitou provas de força com o Legislativo e o Executivo.)*

Assim, no mesmo momento em que o Supremo Tribunal afirmava o seu poder de controlar a constitucionalidade das leis do Congresso, afirmava já que o controle da constitucionalidade dos actos do Executivo não poderia obedecer às mesmas condições. Ao proceder assim, o Supremo Tribunal lembrava que, pela natureza de suas funções, o Executivo dispõe de uma discricionariedade de acção que o juiz não pode pretender orientar a não ser em condições privilegiadas.

5. As sábias precauções do juiz MARSHALL nunca foram esquecidas. Daí a extrema prudência que o Supremo Tribunal sempre demonstrou em não avançar por terrenos nos quais as suas pronúncias poderiam permanecer letra morta graças a arma temível do poder que é a força da inércia. É nessa perspectiva que se devem compreender, por exemplo, as suas bruscas mudanças de direcção para afirmar se o Presidente tem a obrigação constitucional de gastar as receitas votadas pelo Congresso ou se está investido de poderes inerentes de retenção orçamental como sustentou a

administração Nixon (*Impoundment Powers*),¹⁷ ou ainda a sua dificuldade em julgar a questão de saber se existe uma regra de paralelismo das formas em matéria de tratados internacionais e se o Presidente não pode denunciar um tratado a não ser pelas mesmas formas que as utilizadas para o concluir, ou seja, com o acordo e o consentimento de dois terços do Senado (*Goldwater v. Carter*, 1979).¹⁸ Sem dúvida, já aconteceu, nomeadamente após a Segunda Guerra Mundial, de o Supremo Tribunal não ter hesitado em cruzar o ferro com o Presidente. Todas as grandes vitórias do Supremo Tribunal sobre o Executivo foram sempre alcançadas com e sob o favor do assentimento do Congresso.

6. De cada vez que o Supremo Tribunal rebaixou o Presidente à categoria, contas feitas, assaz modesta, de “fiel executante das leis” segundo o esquema inicialmente concebido pelos pais fundadores preocupados pela lembrança da monarquia britânica, fê-lo sempre com o apoio ora cúmplice ora expresso do Congresso.

O primeiro caso deu-se em 1952, a propósito do dito “embargo das fábricas de aço” (*Steel Seizure Case*).¹⁹ Nesse caso, que foi o momento de uma “confrontação histórica”²⁰ entre o Judiciário e o Executivo, o Supremo Tribunal não hesitou em lembrar de maneira solene ao Presidente o respeito pela Constituição, sublinhando que os seus poderes apenas podiam ater duas fontes: a Constituição ou as leis do Congresso. Constatando que a medida tomada não se podia apoiar nem em uma nem na outra, o Supremo Tribunal anulou-a por inconstitucional (*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*).²¹ Antes de aí chegar, o Supremo Tribunal não deixou de sublinhar que, solicitado por duas vezes pelo Presidente para tomar uma decisão que poderia mesmo ser diferente da sua, o Congresso permaneceu pura e

17 O problema de uma prerrogativa presidencial de retenção orçamental foi objecto de um debate quase cornelianiano. Admiti-lo leva implicitamente a conferir ao Presidente um direito de veto que o Congresso não pode ultrapassar com a maioria de dois terços. Recusá-lo, é fazer do Presidente – nos termos de um ministro delegado da Justiça – “um assessor principal para os documentos” (*chief clerk*), ver TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*, 2. ed. The Foundation Press, 1988, p. 258-259. O problema foi levantado pelo Supremo Tribunal em 1975 no caso *Train v. New York (420 US 35)*. O Tribunal resolveu-o baseando-se exclusivamente numa interpretação exegética da lei em causa sem abordar a questão da constitucionalidade em si mesma. Apoiando-se unicamente na intenção do legislador, decidiu que o Congresso não tinha pretendido conferir ao Presidente um poder discricionário de retenção orçamental tratando-se de fundos atribuídos para o tratamento de águas poluídas.

18 444 US 996 (1979). Em julgamento sumário, o Supremo Tribunal anulou a decisão de tribunal de recurso que reconhecia ao Presidente competência para denunciar um tratado sem aprovação do Congresso. Mas devolveu o processo à jurisdição inferior com instruções de rejeição. A decisão foi alcançada por seis votos: quatro juizes entenderam que se tratava de uma questão política, um que o recurso não era de conhecer porque prematuro (*not ripe*), o sexto juntou-se aos restantes cinco.

19 Ver TUNC, André. Les pouvoirs du Président des États-Unis et l'arrêt de la Cour Suprême relatif à la saisine des aciéries, *RIDC*, p. 735-751, 1952.

20 A fórmula é do actual Juiz-Presidente WILLIAM H. REHNQUIST (*The Supreme Court, how it was, how it is*. New York: W. Morrow Co., 1987, p. 99).

21 343 US 579 (1952).

simplesmente passivo. Este silêncio, capital na sua espécie, foi interpretado pelo Supremo Tribunal como uma desaprovação.²²

A segunda ocasião verificou-se em 1974, com o caso *Watergate*. Afirmando que o Presidente NIXON estava juridicamente obrigado a entregar à Justiça as fitas magnéticas que continham as gravações secretas mantidas na Casa Branca e que confirmavam a sua participação na camuflagem de actos ilícitos cometidos por subordinados seus (*United States v. Nixon*, 1974),²³ o Supremo Tribunal obteve sem dúvida uma grande vitória sobre o Presidente, porque todo o Congresso (ou quase) estava contra ele e, desta vez, de forma aberta. O famoso “Privilégio do Executivo” que consiste, na sua substância, em nada dizer e nada comunicar tanto ao Legislativo como ao Judicial,²⁴ e que o Supremo Tribunal julgou dever apreciar “à todo nosso apego histórico ao princípio do Estado de Direito” (“*in light of our historic commitment to the rule of law*”), existe todavia em todas as questões com interesse para a segurança nacional dos Estados Unidos, as quais são – é preciso não o esquecer – generosamente previstas e reservadas por leis do próprio Congresso. Na mesma decisão, também o Supremo Tribunal evocou por via de um *obter dictum*, a hipótese de estar em presença de uma “excepção fundada na necessidade de proteger segredos militares, diplomáticos ou tocantes a delicadas questões de segurança nacional”, admitindo o direito ao segredo reivindicado pelo Executivo. Mas quem não vê que esta reserva se explica porque corresponde a uma dessas hipóteses em que Executivo e Legislativo se puseram de acordo para admitir por antecipação que, em certas circunstâncias, os princípios constitucionais poderiam ter de se dobrar perante exigências que lhes escapam? Toca-se

22 Juridicamente, o motivo determinante da decisão é a falta de base constitucional ou legislativa para a decisão do Presidente. Mas todos os comentadores estão de acordo em reconhecer que a atitude do Congresso desempenhou um papel decisivo, e todos conferem um grande peso à declaração de voto do juiz JACKSON neste caso, segundo o qual os poderes presidenciais não atem sempre constitucionalmente a mesma amplitude: como o fluxo da maré, vão ao “ponto mais alto” em caso de autorização expressa do Congresso, e “ao mais baixo” em caso de interdição, sendo incertos em caso de silêncio. O modo como o Supremo Tribunal interpreta os silêncios do Congresso não é de forma a prestar-se a classificações muito rigorosas. Em *Youngstown*, o silêncio equivalia a uma desaprovação, mas em *Dames & Moore v. Reagan* (1981) proferido acerca do desenrolar da crise dos reféns em Teerão, o silêncio do Congresso valeu por um consentimento. É certo que, sendo o Congresso uma caixa de ressonância da opinião pública, a verdade deve-se procurar “nas relações entre a Casa Branca e o povo. E, na verdade, no caso *Youngstown*, a ordem presidencial de requisição das empresas de aço anulava uma greve iniciada para reclamar aumentos salariais pelos poderosos sindicatos da metalurgia, mas numa época que o Presidente considerou inoportuna, com a Guerra da Coreia a impor, segundo ele, um esforço de rearmamento. No sentido contrário, com *Dames & Moore*, a imensa maioria da opinião pública desejava que o Presidente conseguisse pôr um fim ao assunto dos reféns, mesmo, se necessário, tomando algumas liberdades com as garantias constitucionais do *due process of law*.”

23 418 US 683 (1974). Ver TOINET, M. F. op. cit., nota 5, p. 175-178; HAMON, Francis; WIENER, Céline. *Documents d'études*, n. 1-15, 1987, *La documentation française*, p. 40-41.

24 Ver Pierre Vialle, “Le privilège de l'exécutif et l'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis relatif à l'affaire du Watergate”, RIDC, 1975, p. 833-872; Patrick Juillard, “Le privilège de l'exécutif aux États-Unis (à propos de l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire *United States c. Nixon*, 24 juillet 1974)”, *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 168-170.

aqui numa realidade política essencial do controle da constitucionalidade e que se prende com o facto de o juiz constitucional poder jogar um poder contra o outro, mas não o poder fazer contra os dois ao mesmo tempo.

7. Com efeito, assim que o Presidente encontra no Congresso um aliado a fim de tomar liberdades com a Constituição, o Supremo Tribunal é simplesmente impotente para a fazer respeitar. É éster o ensinamento essencial do New Deal, donde resulta que a autoridade do Supremo Tribunal se tornou um obstáculo no dia em que o Presidente, concertado com o Congresso, descobriu milagrosamente que a Constituição é “tão simples e prática que pode sempre dar resposta a necessidades excepcionais”.²⁵

Na verdade, com o New Deal, os Estados Unidos mudaram de Estado sem mudarem de Constituição. Com efeito, não podemos esquecer que, por “conservadores” que possam ter sido, os juízes do Supremo Tribunal que invalidaram a legislação do New Deal²⁶ – com os fundamentos de que: 1. a Constituição dos Estados Unidos não autorizava o Congresso a delegar os seus poderes ao Presidente sem qualquer directiva (*Panama Refining Co. v. Ryan*, 1935);²⁷ 2. ainda menos autorizava tais procedimentos a favor de particulares (*Schechter Poultry Corp. v. United States*, 1935);²⁸ 3. a cláusula de comércio deveria ser conjugada com a 10ª Emenda, excepto para contrariar os princípios do federalismo (*Carter v. Carter Coal Co.*, 1936);²⁹ 4. a Constituição não atribuía ao Congresso competência para regulamentar a agricultura (*United States v. Butlen*, 1936)³⁰ – tinham “juridicamente razão”. A entrada em funcionamento do New Deal suporia uma prévia revisão

25 A fórmula é do próprio Presidente ROOSEVELT, numa das suas “conversas à lareira”. Foi revelada por W. M. WINCEK (New Deal. In: HALL, K. L. (ed.). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford University Press, 1992, p. 584).

26 Para uma visão do conjunto, ler PINTI, Roger. *La Cour suprême et le deal – jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême des États-Unis (1935-1936)*. Sirey, 1958, com traduções parciais.

27 293 US 388 (1935). Tradução francesa parcial em CAPT, Glória. *Lês procédures administratives em droit américain*. Genève: Droz, 189, p. 43-44.

28 295 US 495 (1935). Ver CAPT, Glória, *ibid*, p. 45-47.

29 298 US 238 (1936) Ver CAPT, Glória, *ibid*, p. 45-47

30 297 US 1 (1936). Foi nesta decisão que o juiz ROBERTS enunciou o dever judiciário nestes termos: “colocar o artigo da Constituição que é invocado ao lado da lei em causa e dizer se esta última está de acordo com o primeiro”. Os partidários do New Deal qualificaram este raciocínio de *munumentally inepts*.

31 Como prova, basta atender ao propósito do próprio Presidente ROOSEVELT que evocou a via da revisão constitucional numa das suas conversas à lareira. Mas afastou-o com fundamento no facto de várias ementas terem sido propostas, radicalmente diferentes umas das outras. Sendo necessários meses e anos para redigir um texto que recebesse o acordo generalizado, que também seria necessário muito tempo para obter uma maioria de dois terços em cada Câmara do Congresso, que uma vez a emenda votada, seria ainda necessário obter ratificação de três quartos dos Estados e, ainda, “treze estados representados não mais do que 5% do eleitorado poderiam bloquear o processo mesmo quando trinta e cinco Estados representando 95% do eleitorado e desejassem concluir”. Após esta longa enumeração, o Presidente ROOSEVELT concluía em substância que, mesmo que o processo fosse levado até o fim, “uma emenda tal como o resto da Constituição é aquilo que os juizes dissessem que é muito mais do

constitucional.³¹ Foram todavia impotentes para fazer prevalecer o direito, porque eram “politicamente minoritários”. Isso é de tal forma verdade que, para satisfação quase geral, uma certa parte da imprensa nomeou quatro deles “os mais conservadores”, dizia-se na época, os mais “constitucionalistas”; poder-se-ia dizer hoje os “Quatro Cavaleiros” (*Four Horsemen*) por referência aos quatro cavaleiros do apocalipse.

8. A crise desencadeou-se a um nível puramente político. A Constituição não recebeu qualquer emenda; o Supremo Tribunal Federal simplesmente renunciou a fazer respeitá-la. Abdicou, ou, para dizer as coisas em termos “mais técnicos”, “mais justos”, como escrevem ANDRÉ e SUZANNE TUNC,³² optou por uma política de *self-restraint* (auto-limitação). Ao fazê-lo, o Supremo Tribunal Federal abriu a porta que iria permitir aos Estados Unidos, na segunda metade do século XX, aperfeiçoar e consolidar um novo modelo de Estado³³ que está no mínimo muito afastado do modelo resultante da Convenção de Filadélfia³⁴ e que se pôde constituir a não ser em virtude da deferência do Supremo Tribunal Federal para com o Congresso.

II – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9. Mais de meio século depois do caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938),³⁵ que inaugurou um novo modo de controle das leis do Congresso baseado na presunção de constitucionalidade,³⁶ a política jurisprudencial do Supremo Tribunal relativamente ao Congresso não variou, por assim dizer; ateve-se sempre a uma política de *self-restraint*. A sua tradicional reserva sobre todas as questões de política estrangeira, aumentada por sua renúncia ao controle da constitucionalidade da política

que o que seus autores ou vocês mesmos possam esperar que seja”. Conversa está integralmente reproduzida em JACKOSN, Robert H. *The struggle...*, op. cit., nota 8, p. 340-351 e parcialmente p. 349-350.

32 *Le système constitutionnel des Etats Unis d'Amérique*. Dormat-Montelrestien, t. I: Histoire constitutionnelle, 1954, p. 385.

33 A doutrina americana fala hoje em dia de bom grado a este propósito de um “Estado administrativo” (*administrative State*).

34 As principais diferenças são analisadas por SUSTEIN, Cass R. *Constitutionalism after the New Deal*. *Harvard Law Review*, v. 101, p. 421-510, 1987; ver também DEHOUSSE, M. F. *La croissance des pouvoirs gouvernementaux aux Etats-Unis*. *RIDC*, v. 65, p. 7-57, 1988.

35 304 US 144 (1938).

36 A presunção de constitucionalidade fora já anunciada e aplicada em *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937). Mas tratava-se de uma lei de um Estado (a decisão declara a constitucionalidade de uma lei do Estado de Washington sobre o salário mínimo das mulheres). Em *Carolene*, trata-se de uma lei federal excluindo do comércio entre Estados o leite recombinao (*filled milk*), i.e., o leite fabricado a partir de matérias gordas não animais. No essencial, *Carolene* declara que uma lei do Congresso é conforme à Constituição sempre que se apoie numa base racional.

económica, deixou ao poder federal uma liberdade de acção total na determinação das grandes escolhas da política nacional.³⁷ Além do mais, a sua interpretação, que não podia ser mais ampla, da cláusula de comércio permitiu ao Congresso legislar nos mais vastos sectores da política social, incluindo a matéria das liberdades públicas, donde resulta que o papel do Supremo Tribunal, no controle da política federal, não é hoje mais do que a sombra do que já foi.³⁸

Com o caso *Carolene Products*, o Supremo Tribunal passou a presumir a constitucionalidade das leis do Congresso em matéria econômica, desde que racionalmente fundadas.

10. O novo modo de controlo da constitucionalidade inaugurado pela decisão *Carolene Products* continha todavia uma excepção. Formulada de forma muito discreta na nota de rodapé³⁹ da decisão, esta excepção, hoje conhecida sob a denominação familiar de “*footnote 4*”, previa:

A famosa nota 4

“A presunção de constitucionalidade podia encontrar um campo de aplicação mais limitado na hipótese de a lei se enquadrar à primeira vista numa interdição constitucional precisa, como uma das enunciadas nas dez primeiras emendas, que, na sua relação com as disposições da 14ª Emenda, devem todas ser consideradas igualmente precisas (...).

É em substância inútil perguntar se, ao contrário da maioria das outras leis, as que viessem restringir os mecanismos políticos supostamente indutivos da abrogação de disposições indesejáveis deveriam, tendo em atenção as proibições gerais da 14ª Emenda, ser submetidas a um controlo judicial mais rigoroso (...).

Da mesma forma, não é necessário questionar se é possível aplicar considerações análogas ao exame das leis que se referem a religiões determinadas (...) ou a minorias nacionais (...) ou raciais (...); se o preconceito que atinge as minorias separadas e isoladas será de natureza a criar uma situação particular, no que toca a seriamente dificultar o funcionamento dos processos políticos de onde se retiraria

37 É o que reconhece LAURENCE TRIBRE: “o Supremo Tribunal não pode e não quer desenvolver as interpretações que limitariam o alcance das atribuições constitucionais do Congresso” e acrescenta que se existem limites aos poderes do Congresso, é nos processos políticos, nos usos e nas tradições que os devemos encontrar. Ver *American constitutional law*, op. cit., *supra*, nota 17, p. 297.

38 Ver LASSER, Willian. *The limits of judicial power – the Supreme Court in American politics*. London: University of North Caroline Press, Chapel Hill, 1988, p. 264.

39 Sentença já citada *supra*, nota 35, p. 152-153.

em princípio uma protecção dessas minorias, e no que poderia ser uma condição determinante para um controlo judicial mais avançado (...)"

Tornada hoje a "mais célebre nota de rodapé da jurisprudência",⁴⁰ a excepção à presunção de constitucionalidade era cheia de sentido e rica de desenvolvimento futuro. Não há qualquer dúvida de que, ao formulá-la, o Supremo Tribunal pretendia reservar-se o poder de opor *Marbury* a certas formas de tirania moderna e, em particular, aos procedimentos de exclusão política (restrições ao direito de voto). Como poderia ser de outra forma? A não ser que se renegasse, o juiz constitucional da democracia não pode fazer da defesa dos direitos do cidadão outra coisa que não a primeira das suas missões. No plano prático, é preciso ver-se que o juiz constitucional não pode salvar a democracia e o Estado de Direito a não ser em condições privilegiadas, pois que, e para retomar um pensamento profundo do juiz LEARNED HAND: "Uma sociedade tão destroçada que todo o espírito de moderação desapareceu, nenhum juiz a pode salvar (...) uma sociedade onde este espírito prospera, nenhum juiz tem necessidade de a salvar".⁴¹ Seis anos depois da decisão *Carolene Products*, o Supremo Tribunal pode verificá-lo graças à satisfação com que a opinião pública acolheu o internamento de cidadãos americanos de origem japonesa, ordenado a partir de maio de 1942. Confrontado com a constitucionalidade destes internamentos, o Supremo Tribunal aplicou correctamente as consequências que decorriam da reserva que tinha feito em *Carolene*, nomeadamente ao considerar, pela voz do juiz HUGO BLACK, que "todas as restrições jurídicas que diminuam dos direitos e liberdades de um determinado grupo racial são por natureza suspeitas" e que devem ser submetidas a um "controlo máximo da constitucionalidade" (*most rigid scrutiny*). Abstém-se de colocar em causa o julgamento das autoridades militares segundo as quais os cidadãos americanos de ascendência japonesa constituiriam, na Costa Oeste, um risco militar para a segurança nacional dos Estados Unidos (*Korematsu v. United States*, 1944).⁴² Deportação dos japoneses da Costa da Califórnia.

11. Se fizermos o balanço do controlo exercido pelo Supremo Tribunal, depois da guerra, sobre as leis do Congresso relativos a direitos e liberdades, forçoso é reconhecermos que o Supremo Tribunal se inclinou largamente perante a interpretação dada pelo Congresso

40 A fórmula é de POWELL, L. *Carolene products revisited*. *Columbia Law Review*, v. 82, p. 1087, 1982; ver também LASSALE, J. P. *La démocratie américaine – anatomie d'un marche politique*. A. Colin, 1991, p. 320.

41 O texto original que dispõe "A society so riven that the spirit of moderation is gone, no court can save, (...) a society where that spirit flourishes, no court need save" é citada por SNOWISS, S., op. cit., *supra*, nota 1, p. 102 (em itálico no original).

42 323 US 214 (1944). Ver, também, TUNC, André; TUNC, Suzanne, op. cit., *supra*, nota 32, t. II, p. 287, parágrafo 253, nota 1.

aos direitos e às liberdades garantidos pela Constituição. O Supremo Tribunal não foi capaz de contrariar as leis aprovadas pelo Congresso primeiro para conduzir a guerra e combater a subversão, depois, mais tarde, para combater o comunismo. Admitiu assim a constitucionalidade da Secção 9 do *Talf Hartley Act*, que exigia aos responsáveis sindicais uma declaração, sob juramento, de como não pertenciam ao partido comunista (*American Communications Association v. Douds*, 1950).⁴³ No ano seguinte, não hesitou em fixar os limites constitucionais da liberdade de expressão e de opinião bem para além da regra do “perigo claro e actual” enunciada pelo juiz HOLMER e, no caso *Schenck v. United States* (1919),⁴⁴ como limite à liberdade de expressão garantida pela 1ª Emenda, pois que admite a constitucionalidade da condenação por actividades subversivas de onze dirigentes do partido comunista pelo simples motivo da probabilidade de grave perigo que faziam correr à Nação (*Dennis v. United States*, 1951).⁴⁵

A legislação anticomunista dos anos 50-60 e a intervenção do Supremo Tribunal. No entanto, a partir 1956, o Supremo Tribunal passou a interpretar as leis anti-subversão num sentido liberal. Em particular, decidiu que a lei anti-subversão de 1940 (Smith Act) tinha precedido a competência dos Estados neste domínio (*Pennsylvania v. Nelson*, 1956),⁴⁶ de forma que estes não podiam fazer mais do que o Estado federal para lutar contra o comunismo. No mesmo sentido, julgou que se devia distinguir entre a simples expressão de uma teoria filosófica tendente a derrubar o governo e a acção política necessária para obter um tal resultado, e que, nos termos do mesmo Smith Act, apenas a segunda devia ser punida (*Yates v. United States*, 1957).⁴⁷ Mais tarde, nos anos sessenta, quando a obsessão americana contra a subversão comunista assumiu uma direcção menos dramática, o Supremo Tribunal foi mesmo ao ponto de ferir de inconstitucionalidade duas disposições legais acerca do controlo das actividades subversivas (*Subversive Activities Control*, de 1950). Na decisão *Aptheker v. Secretary of State* (1964),⁴⁸ julgou contrária à liberdade de associação uma disposição da lei que proibia qualquer membro de uma organização comunista de utilizar ou tentar um passaporte americano e, na decisão *United States v. Robel* (1967)⁴⁹ considerou contrária à liberdade

43 339 US 382 (1950).

44 249 US 47 (1919).

45 341 US 494 (1951).

46 350 US 497 (1956).

47 354 US 298 (1957).

48 378 US 500 (1961).

49 389 US 258 (1967).

de associação uma outra disposição da mesma lei que proibia qualquer membro do partido comunista de possuir uma ocupação em local que pudesse ser considerado instalação de defesa nacional (no caso, tratava-se de uma base naval).

12. É certo que *Aptheker e Robel* foram testemunhos importantes da independência que o Supremo Tribunal pode demonstrar face ao Congresso, mas tratou-se sempre de uma independência medida. Assim, um ano após *Aptheker*, o Supremo Tribunal declarou, no caso *Zemel v. Rusk* (1965),⁵⁰ que, quando delegava competência ao Executivo no domínio da política estrangeira, o Congresso era necessariamente levado a “pintar com um pincel mais grosso” (*paint with a brush broader*) do que aquele utilizado habitualmente nos assuntos internos. Consequentemente, declarou a recusa do Secretário de Estado, com fundamento na legislação delegada, em emitir o passaporte a um cidadão que pretendia deslocar-se a Cuba. Por outro lado, na decisão *Robel* anteriormente citada, o Supremo Tribunal não recusou ao Congresso o poder de excluir certos cidadãos de qualquer ocupação relacionada com a defesa nacional, por razões atinentes às suas convicções políticas. Com efeito, o vício redibitório que encontrou na disposições legislativas em causa era o de ter um âmbito de aplicação demasiado amplo (*overbreadth*) na medida em que visava a interditar qualquer possibilidade de emprego nos locais afectos à defesa aos indivíduos associados à organização em que algumas exerciam actividades susceptíveis de serem proscritas, mas outras não. Em suma, o Supremo Tribunal recriminou o legislador por não ter sido suficientemente preciso. Essa queixa de inconstitucionalidade, que seríamos tentados a apelidar de queixa de “cópia acabada”, parece encontrar um certo apoio junto ao Supremo Tribunal sempre que se trata de apreciar a constitucionalidade de restrições legislativas à liberdade de expressões garantida pela 1ª Emenda (*Free Speech*). Apresenta a vantagem de permitir ao juiz uma censura da lei, reservando a liberdade do legislador, pois que, em princípio, este pode sempre purgar o vício da inconstitucionalidade recorrendo a uma melhor redacção das disposições censuradas. O que quer dizer que esse tipo de inconstitucionalidade se articula prioritariamente num plano formal e literal, por assim dizer. O Supremo Tribunal utilizou este meio de controlo em pelo menos duas ocasiões.

A legislação relativa ao crime de ultraje à bandeira dos Estados Unidos. O primeiro caso ocorreu a propósito da lei federal relativa à radiodifusão pública (*Public Broadcasting Act*, de 1967). Para evitar qualquer previsão

50 381 US 1 (1965).

governamental, partidária ou privada sobre as estações públicas de rádio, a Secção 399 desse texto proibia qualquer estação de rádio de fins não-lucrativos e beneficiária de subvenções federais de proceder a autênticas emissões de rádio expressando criações do espírito, o que, concretamente, as remetia ao jornalismo de informação, com exclusão de todo o jornalismo de opinião. Na decisão *Federal Commission v. League of Women Voters* (1984),⁵¹ o Supremo Tribunal julgou essa disposição contrária à emenda. Ao mesmo tempo que se reconhecia um interesse substancial do governo em actuar por forma de que os ouvintes recebessem uma informação perfeitamente equilibrada e objectiva, o Supremo Tribunal declarou que o legislador não poderia atingir esse objetivo por meio de uma proibição tão ampla que, devido exactamente à sua generalidade e imprecisão, suprimisse toda a possibilidade de expressão de qualquer opinião ou juízo crítico através das ondas pública. A título de exemplo, explicou que a proibição formulada pelo Congresso era tão absoluta que impediria um radiojornalista de reconhecer melhoramentos na gestão dos parques públicos ou dos museus.

A segunda situação refere-se ao caso da bandeira,⁵² no qual o Supremo Tribunal invalidou uma lei federal (*Flag Protection Act*, de 1989) que punia com sanções penais qualquer acto voluntariamente praticado no sentido de “degradar, sujar, queimar, colocar, por terra ou pisar qualquer bandeira dos Estados Unidos”. Todavia, nem no caso *United States v. Eicheman* (1990),⁵³ nem no caso *Texas v. Johnson* (1989)⁵⁴ que o tinha precedido, o Supremo Tribunal afirmou que a liberdade de expressão impedia o Congresso de penalizar, através de sanções penais, a destruição da bandeira americana. Bem pelo contrário, nos dois casos, reservou expressamente (é verdade que em notas de rodapé) o interesse constitucionalmente protegido do governo federal no sentido de proteger as bandeiras pertencentes a personagens públicas. O que se recusou a admitir foi que a Congresso tentasse proteger em qualquer circunstâncias de tempo e de lugar a bandeira americana em si mesma, enquanto da nação e de certas ideias. Para fazer melhor compreender o Congresso o limite dos seus poderes relativamente à liberdade de expressão, explicou: “A destruição em segredo de uma bandeira por uma pessoa na cave de sua própria casa não revestida a forma de atentado ao significado reconhecido à bandeira”.

Para além das aparências, é preciso ver que, quer na decisão sobre as rádios públicas, quer na da bandeira, o Supremo Tribunal, na realidade dos

51 468 US 364 (1984).

52 Ver JODIE; COHEN-TANUGI, Laurent. Étude de cas: paffaire du drapeu quand la banniere brule. *Pouvoirs*, n. 59, p. 77-83, 1991.

53 496 US 310 (1990).

54 491 US 397 (1989).

fatos, não obstou o Congresso de proibir. Recriminou-o por ter proibido mal, o que não possui o mesmo alcance.

Em matéria de direitos cívicos, o Supremo Tribunal limitava-se a apoiar a legislação do Congresso na década de 60.

13. Fundamentalmente, o Supremo Tribunal colocou-se atrás da *leadership* (liderança) do Congresso em matéria de direitos e liberdades, nomeadamente no início dos anos sessenta, quando o Congresso adoptou importantes leis sobre a protecção dos negros. Desta forma, o Supremo Tribunal assumiu o papel de uma instância de legitimação das iniciativas legislativas a propósito do *Civil Rights Act*, de 1964 (*Heart of Atlanta Motel v. United States*, 1964),⁵⁵ ou ainda a propósito do *Voting Rights Act*, de 1964 (*South Carolina v. Katzenbach*, 1966).⁵⁶ Aceitou, mesmo em matéria de direito de voto, uma interpretação congressista diferente da que tinha admitido, contrariamente ao que havia decidido seis anos antes (*Lassater v. Northampton Country Board of Elections*, 1959):⁵⁷ a atribuição do direito de voto podia, se o Congresso assim o exigisse, não depender de testes de aptidão linguística (*Katzenbach v. Morgan*, 1966).⁵⁸

Em matéria de aborto, apoiou o Congresso contra o Estados mais conservadores.

Existem dois domínios nos quais podemos encontrar exemplos reveladores da diferença do Supremo Tribunal perante o Congresso. Trata-se antes mais da sua orientação acerca da igualdade dos sexos. Em matéria de discriminações sexistas, o Supremo Tribunal actuou, no início dos anos setenta, exactamente da mesma forma que tinha feito no início dos anos cinquenta quando se debruçou sobre o problema das discriminações raciais. Mostrou o caminho a seguir. Na decisão *Reed v. Reed* (1971),⁵⁹ invalidou uma lei do Estado de Idaho que, em matéria de sucessão legítima e no mesmo grau de parentesco, dava preferência aos homens para exercerem o cargo de curador. Segundo o Supremo Tribunal, tal preferência seria contrária ao princípio da igual protecção das leis, garantido pela 14ª Emenda. Dois anos mais tarde, aplicou a doutrina *Reed* a duas disposições adoptadas em 1949 e em 1956 pelo Congresso e relativas às remunerações acessórias susceptíveis de serem pagas aos membros das forças armadas, decidindo

55 376 US 241 (1964).

56 383 US 301 (1966).

57 376 US 241 (1959).

58 384 US 641 (1966).

59 404 US 71 (1971).

60 411 US 677 (1973).

no caso *Frontiero v. Richardson* (1973)⁶⁰ que o legislador não podia fazer depender do sexo de uma pessoa o pagamento de um suplemento de alojamento e de um suplemento de saúde sem com isso violar a Constituição. No entanto, após ter lembrado a essência da sua doutrina *Reed*, o Supremo Tribunal tomou o cuidado de sublinhar que, no decurso do decénio passado, o próprio Congresso tinha expressado uma sensibilidade crescente relativamente às discriminações sexistas. Lembrou as disposições aprovadas em 1964 e 1963 sobre a proibição de discriminação sexista em matéria de emprego (Título VII da *Civil Rights Act*) e em matéria de salários (*Equal Pay Act*) e sublinhou que, em 22 de março de 1977, o Congresso havia aprovado a emenda constitucional acerca da igualdade dos direitos (*Equal Rights Amendment*). Com fundamento nessa dupla constatação, o Supremo Tribunal, pela voz do juiz BRENNAN, explicou que o próprio Congresso tinha concluído pelo carácter por natureza injusto das discriminações fundadas no sexo e que essa conclusão, a qual tinha ramo do governo (subentendido: igual ao ramo judiciário), não era desprovida de significado para a decisão do caso em questão. A partir de *Frontiero*, o Supremo Tribunal não hesitou em declarar inconstitucionais as disposições das leis federais que estabeleciam discriminações sexistas, mas apenas na medida em que essas leis tivessem sido aprovadas antes do decénio que assistiu à mudança da opinião do legislador acerca da igualdade dos sexos. Assim, quer em *Weinberger v. Wiesenfeld* (1975)⁶¹ quer em *Califano v. Goldfarb* (1977),⁶² declarou inconstitucionais certas alterações legislativas ao *Social Security Act*, de 1935, aprovadas pelo Congresso em 1939, estabelecendo uma diferença de tratamento entre homens e mulheres no tocante a benefícios sociais (pagamento de pensão do cônjuge sobrevivente). Em contrapartida, qualquer legislação federal que mantenha as diferenças de tratamento segundo o sexo, mas que tenha sido aprovada, quer durante, quer posteriormente ao decénio crítico, foi sistematicamente validada: assim aconteceu com uma disposição da lei federal sobre as carreiras na Marinha aprovada em 1967 e que impõe às mulheres períodos mais longos do que os necessários aos homens no que respeita à progressão na antiguidade (*Schlesinger v. Ballard*, 1975),⁶³ ou com uma alteração legislativa de 1972 ao *Social Security Act* (*Califano v. Webster*, 1977),⁶⁴ ou de uma lei federal de 1980 que limita o recenseamento militar aos cidadãos do sexo masculino (*Rostker v. Golgerg*, 1981).⁶⁵

61 420 US 636 (1975).

62 430 US 199 (1977).

63 419 US 498 (1975).

64 430 US 313 (1977).

65 453 US 57 (1981).

Se invalidou legislação que discriminava em relação ao sexo, essa legislação era antiga, não correspondendo às novas orientações do Congresso na década de 70.

14. O segundo campo no qual se revela que o Supremo Tribunal segue a *leadership* do Congresso, em matéria de direitos e liberdades, encontra-se na sua jurisprudência acerca das quotas raciais que são apenas uma parte da política de discriminações compensatórias (*Affirmative Action*) colocada em prática nos anos sessenta.⁶⁶ As quotas raciais surgiram, em primeiro lugar, na matéria de emprego. Directivas federais impuseram aos empregadores, nomeadamente àqueles beneficiários de fundos federais, a reserva de quotas de admissão a favor das minorias raciais. Essa prática estendeu-se ao domínio da educação e, em particular, à admissão nas universidades e nos liceus. Em 1978, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*,⁶⁷ o Supremo Tribunal admitiu a constitucionalidade de uma política de discriminação racial a favor das minorias. Recusou a aplicação dessa política de forma rígida e matemática. Em consequência, invalidou o regulamento das condições de admissão pela Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis), que reservava 16% dos lugares às minorias étnicas e raciais. Dois anos mais tarde, foi confrontado com o mesmo problema da quota rígida em *Fullilove v. Klutznick* (1980)⁶⁸ e não encontrou qualquer inconstitucionalidade numa lei do Congresso que atribuiu 10% das obras públicas às pequenas empresas das minorias. O caso é tão mais interessante quanto a lei federal em questão (*Public Works Employment Act*, de 1977) era a primeira que recorria à técnica da quota rígida a favor das minorias. Não obstante a observação dos dois juízes dissidentes STEWART e REHNQUIST, para os quais, “se uma lei é constitucional, ela não o poderia ser menos apenas porque é um produto do Congresso dos Estados Unidos”, a verdade é que, na realidade dos fatos, é exactamente o que parece se passar, e o problema das quotas raciais é uma perfeita ilustração disso.

Em 1989, o Supremo Tribunal foi novamente confrontado com esse problema a propósito de um regulamento da cidade de Richmond (Virgínia) que obrigava os co-contratantes da cidade a subcontratarem 30% do total dos seus mercados às empresas de minorias étnicas. Como se vê, a ideia de

66 Ver BOURETZ, Pierre. *Affirmative action ou lés infortunes de l'égalité*. *Pouvoirs*, n. 59, p. 115-128, 1991.

67 438 US 265 (1978). Ver HAMON, Francis; WIENER, Celine, op. cit., *supra*, nota 23, p. 31-32; ver também TOINET, M. F., op. cit., *supra*, nota 5, p. 182-186.

68 488 US 488 (1980).

Richmond era retornar exatamente o que o Supremo Tribunal tinha julgado constitucional em *Fullilove*. Não obstante, o Supremo Tribunal declarou o plano da cidade como inconstitucional por violação da cláusula de igual protecção das leis previstas na 14ª Emenda (*Richmond v. J. A. Croson Co.*, 1989).⁶⁹ Reconheceremos que, para distinguir esse caso do *Fullilove*, o Supremo Tribunal explicou, pela voz do juiz O'CONNOR, que a Secção 5 da 14ª Emenda conferia ao Congresso competência exclusiva para tomar as medidas necessárias à aplicação do princípio da igual protecção das leis; o que conduziu, não sem ironia, a alterar completamente os princípios do federalismo, pois que a 14ª Emenda fora adoptada, após a Guerra de Secessão justamente para obrigar os Estados a aplicar o dito princípio de igual protecção das leis.

Um ano mais tarde, o Supremo Tribunal foi novamente confrontado com o problema da constitucionalidade das discriminações a favor das minorias, mas desta vez a propósito de uma lei federal, aprovada no domínio da repartição das zonas de frequência de rádio, e não viu nenhuma inconstitucionalidade no fato de o Congresso ter mandado a Agência Federal das Comunicações executar uma política de repartição e regulamentação das zonas hertzianas, favorecendo abertamente as minorias raciais (*Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission*, 1990).⁷⁰ Nessa ocasião, o Supremo Tribunal foi mesmo ao ponto de reprovar a citada observação dos juizes STEWART e REHNQUIST no caso *Fullilove*, ao afirmar: “As classificações raciais adoptadas pelo Congresso para tratar do problema da discriminação racial e étnica são submetidas a parâmetros diferentes dos que se aplicam às mesmas classificações enquanto executadas pelos Estados e colectividades locais”.

15. A bem dizer, essa docilidade – para não dizer, esse apagamento – do Supremo tribunal perante o Congresso não nos deve espantar. Já há bastante tempo que os observadores avisados e lúcidos da vida política americana a notaram. A apresentação do Supremo Tribunal como instituição anti-democrática (*counter-majoritarian institution*) releva da longa duração de um mito.⁷¹ Após o aparecimento da democracia de massas, o Supremo Tribunal não teve outra opção que não a de adoptar uma política jurisprudencial de acordo com a opinião majoritária ou, para colocar a questão de outra forma, “o aparecimento da democracia governante nos

69 488 US 547 (1989).

70 497 US 547 (1990).

71 Aqui, o estudo de referência é o de DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, v. 6, p. 279-295, 1957.

72 BURDEAU, Gerges. *Trailé de science politique*. LGDJ, t: VI – L'Etat libéral, 1987, p. 750, parágrafo 326, in fine.

Estados Unidos foi acompanhada do declínio do poder dos juízes”.⁷² Mas é preciso ver que essa transformação dos sistemas democráticos não é de forma alguma apenas o resultado da democracia americana. Todos os regimes liberais a sofreram de forma que, quer seja chamado a pronunciar-se por via de excepção, quer por via de acção, o juiz constitucional apenas relativamente pode verificar se “a lei votada (...) só exprime a vontade geral quando respeita a Constituição”.⁷³ Os ônus políticos assim o obrigam, na excelente fórmula de ROBERT G. McCLOSKEY, a “escolher o seu terreno de operações antes nas margens do que no centro da batalha”.⁷⁴ É verdade que o Supremo Tribunal, no problema das quotas raciais, não parece poder combater essa técnica destruidora a longo prazo da unidade nacional e da igualdade perante o direito a não ser ao nível local, como o fez recentemente ao declarar a inconstitucionalidade de um plano de repartição eleitoral adoptado pela legislatura da Carolina do Norte e que criava circunscrições eleitorais abertamente delineadas segundo critérios raciais de forma a favorecer a eleição de representantes das minorias raciais para o Congresso (*Shaw v. Reno*, 1993).⁷⁵ O que também é verdade acerca do Conseil Constitutionnel francês que, perante o aumento dos egoísmos europeus e nacionais, não pode garantir a “qualquer homem perseguido pelas suas acções a favor da liberdade” o asilo como tal, mas mais modestamente o direito de interpor um pedido de obtenção do mesmo.⁷⁶

Ou seja: com o aparecimento da democracia de massas, o Supremo Tribunal adapta-se às opiniões democraticamente dominantes.

Podemos sem dúvida lamentar que assim seja. Podemos sem dúvida desejar um juiz constitucional que dirija a nação para ideais mais sublimes ou, para retomar uma ideia cara a RONALD DWORKIN, que o juiz constitucional seja um Hércules que faça triunfar os princípios sobre a

73 Cf. o enunciado que hoje se tornou clássico do Conseil Constitutionnel francês na decisão sobre a evolução da Nova Caledónia, Décision 87-197, DC de 23 de agosto, *Lés grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 5. ed. Sirey, 1989, p. 639.

74 McCLOSKEY, R. G. *La Cour Suprême des États-Unis*. trad. francesa. Seghers, 1965, p. 283-284. Uma notável ilustração da fórmula de McCLOSKEY é a decisão Buckley v. Valeo (424 US 1) proferida em 1976 a propósito do financiamento das campanhas eleitorais federais. É certo que o Supremo Tribunal invalidou parcialmente determinadas disposições legislativas submetidas ao seu exame. Mas deixou intacto o coração do dispositivo que delimita as contribuições financeiras, decidindo mesmo que “não era necessário controlar as implicações do principal objecto da lei” (*unnecessary to look beyond the Act's primary purpose*) para encontrar um fundamento constitucional bastante para as disposições votadas pelo Congresso.

75 113 SCt 2816.

76 Decisão 93-325, DC de 13 de agosto de 1993, JORF de 18 de agosto de 1993, p. 11722.

77 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986, p. 244.

política.⁷⁷ Isso é esquecer que o juiz constitucional, quer intervenha no modelo americano, quer no europeu, é uma instituição política. Se o New Deal marca uma data capital na história constitucional americana, é porque o Supremo tribunal disso tomou consciência nessa precisa ocasião. Toda a jurisprudência após essa data ficou marcada pela impossibilidade de tocar nas aquisições da “revolução constitucional de 1937”⁷⁸ e as poucas tentativas que possa ter feito para atenuar os seus efeitos causaram muita inflamação.

Não é um Hércules que faz triunfar os princípios sobre a política.

16. Em 1976, pela primeira vez na orientação, adoptada sobre o federalismo após a crise do New Deal, o Supremo Tribunal anulou uma lei federal que impunha aos Estados a aplicação aos seus funcionários da regulamentação federal relativa à duração máxima do trabalho e ao salário mínimo (*National League of Cities v. Usery*, 1976).⁷⁹ Abandonando a cláusula de comércio e invocando a 10ª Emenda como baluarte da protecção dos Estados face às interferências do Estado federal, o Supremo tribunal decidiu que a lei do Congresso violava “os aspectos tradicionais da soberania dos Estados” e constituía “uma interferência proibida nos elementos essenciais da função governamental”, e citou, em apoio desse novo conceito de “elementos essenciais da função governamental” (*integral government functions*): a luta contra os incêndios, a protecção policial, a higiene pública, os serviços de saúde, parques e lugares de lazer. Na sua opinião dissidente, o juiz BRENNAN alertava para o facto de a nova noção ser uma “infeliz abstracção (...) conceptualmente inutilizável”. Os factos deram-lhe razão. Nove anos mais tarde, o Supremo Tribunal invertia o sentido de *Usery* com a decisão *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985),⁸⁰ na qual, sempre a propósito da questão da duração do trabalho e do salário mínimo, admitia, pela voz do juiz BLACKMUN, que as distinções anteriormente feitas eram, no mínimo, “impraticáveis”, “ingeríveis”, “ilusórias”, “insusceptíveis de apreciação objectiva” e concluía que, para defender os seus direitos, os Estados deveriam apoiar-se prioritariamente nos mecanismos políticos de participação em nível federal que lhes foram conferidos pela Constituição, em vez de se servirem da litigação constitucional. Os juízes dissidentes, dos quais alguns votaram *Usery* (como o juiz REHNQUIST) não se

78 A fórmula é de LAURENCE TRIBE (*American constitutional law*. Op. cit., *supra*, nota 17, prefácio, p. III).

79 426 US 833 (1976); ver TOINET, M. F., op. cit., *supra*, nota 5, p. 179-182.

80 469 US 528 (1985); ver TOINET, M. F., *ibid.*, p. 191-194. Para uma comparação entre *Usery* e *Garcia*, ver BEAUTÉ, Jean. Le partage des compétences entre les Etats et la Fédération. *Pouvoirs*, n. 59, p. 85-100, 1991.

81 111 SCt 2395.

deram por vencidos e expressaram a sua convicção de que, na próxima ocasião, o sentido da decisão *Garcia* seria invertido. Essa esperança não se concretizou. Ainda por cima, o Supremo Tribunal admitiu em *Gregory v. Ashcroft* (1991)⁸¹ que não interpretaria as leis do Congresso como exorbitando as funções governamentais tradicionais dos Estados a não ser que o Congresso expressasse claramente essa intenção e, na decisão *New York v. United States* (1992),⁸² que o Congresso não podia dar ordens aos Estados e colocá-los em presença de um facto consumado, mas sim que lhe cabia encorajá-los e oferecer-lhes uma verdadeira opção (*legitimate choice*) utilizando, no caso concreto, incentivos financeiros. Salienta-se que essa orientação volta a afirmar a constitucionalidade do federalismo cooperativo.⁸³

17. Nas raras ocasiões em que o Supremo Tribunal acreditou poder censurar o Congresso, não apenas tal aconteceu menos a propósito de actos de conteúdo normativo do que de actos quer de alcance individual,⁸⁴ quer relativos a questões de organização constitucional; ainda, neste último caso, o Congresso, quando não elaborou outra lei, pelo menos contornou as pronúncias do Supremo Tribunal.

Um primeiro exemplo é o da reforma da lei sobre as falências votada em 1978 (*Bankruptc Reform Act*, de 1978). Nessa ocasião, o Congresso tinha criado um novo tribunal especializado (*Bankruptcy Court*), cujos juízes eram nomeados pelo Presidente para um mandato de catorze anos. Na decisão *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co.* (1982),⁸⁵ o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade dessa lei, com fundamento na violação do princípio da nomeação vitalícia e da inamovibilidade dos juízes constante do art. III Secção I da Constituição. O Congresso respondeu regressando, através de alterações adoptadas em 1984, ao sistema antigo: os juízes de falências tornaram a ser juízes nomeados pelos tribunais de distrito e não são inamovíveis.

O segundo exemplo é o do veto legislativo que o Supremo tribunal declarou inconstitucional por incompatível com o princípio da separação dos poderes (*Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 1983).⁸⁶

82 112 SCt 2408.

83 Sobre esta questão, ver LAUVAUX, Philippe. *Lés grandes démocraties contemporaines*. Paris: PUF, 1990, p. 202-205, parágrafo 76.

84 É o caso dos actos legislativos que cabem no âmbito da proibição ao Congresso de elaborar leis condenatórias sem julgamento (*bill of attainder*) estabelecida pelo art. 1, Secção 9-3 da Constituição.

85 458 US 50 (1982).

86 462 US 919 (1983); ver também TOINET, M. F., op. cit., *supra*, nota 5, p. 187-191; HAMON, F.; WIENER, C., op. cit., *supra*, nota 23, p. 41-43.

Segundo o Supremo tribunal, quer seja exercido por uma ou por outra, ou pelas duas câmaras, o veto legislativo, que consiste em o Congresso anular as medidas tomadas no âmbito de uma delegação legislativa, leva a minar o processo constitucionalmente previsto de elaboração das leis, o qual se baseia no bicameralismo e na apresentação do projecto ao Presidente. A recente decisão *Metropolitan Washington Airports Authority v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise* (1991)⁸⁷ reconfirmou solenemente a decisão *Chadha* ao proibir categoricamente o recurso ao veto legislativo sob qualquer forma.

O caso *Chadha*: a proibição constitucional do veto legislativo. Deu-se valor ao facto de *Chadha* ter salientado o papel do Supremo tribunal como órgão regulador do funcionamento dos poderes constituídos. Nem as condições nas quais essa decisão foi tomada, nem os subseqüentes desenvolvimentos da jurisprudência permitiram interpretá-la como expressão de uma vontade afirmada do Supremo Tribunal de se colocar como guardião consciencioso do princípio da separação de poderes. Na origem daquela orientação, encontra-se, na verdade, o consultor jurídico do célebre *lobby* de protecção dos consumidores dirigido por RALPH NADER, o qual, de forma concreta, com a administração federal e nomeadamente com o departamento de Justiça, pretendia pôr fim a certas práticas mais ou menos desonestas que tinham esvaziado o veto legislativo da sua verdadeira função de controlo democrático. Com efeito, após ter duramente lutado por fazer adoptar pelas agências federais regulamentos de interesse geral em matéria, por exemplo, de ambiente ou de protecção dos consumidores, os *lobbies* de interesse público viam muitas vezes os seus esforços arruinados por via das pressões exercidas sobre certas comissões do Congresso pelos poderosos *lobbies* do mundo dos negócios e da indústria.⁸⁸ Ao declarar a inconstitucionalidade do veto legislativo, o Supremo Tribunal não pretendeu de forma alguma opor-se ao Congresso enquanto corpo representativo de expressão da vontade do povo americano, o que é tão verdade quanto o Supremo tribunal apreciou o veto legislativo independentemente das leis que o prevêem. Na realidade, o Supremo Tribunal quis essencialmente colocar um fim às práticas que favoreciam os interesses privados em detrimento do interesse geral e que impedem a vontade majoritária de se realizar livremente. Reencontramos a mesma preocupação de moralização do procedimento legislativo na decisão *Bowsher v. Synar* (1986),⁸⁹ proferida a propósito da lei anti-deficitária (*Gramm-Rudman-Holking's Act*) e na qual o

87 111 SCt 2298. Observar-se-á que o Congresso ignorou largamente a orientação de *Chadha*. Ver TOINET, M. F., op. cit., *supra*, nota 16, p. 28.

88 Ver as observações de BÁRBARA CRAIG in HALL, K. L., op. cit., *supra*, nota 25, p. 421-422. Ver também JULLARD, Patrick. A propos d'un arret de la Cour Suprême: mort du veto legislatif aux Etats-Unis. *Pouvoirs*, n. 29, 1984, p. 75-88.

89 478 US 714 (1986).

Supremo Tribunal decidiu que, sendo a determinação dos cortes orçamentais a efectuar no orçamento federal da competência do Executivo, tal poder de decisão não poderia ser confiado a uma autoridade colocada na dependência do Congresso e revogável por este sem com isso violar o princípio da separação de poderes. Vistos de perto, *Chadha e Bowsher* visam a obrigar o Congresso a respeitar certas regras elementares de deontologia parlamentar e política.

Ao invalidar o veto legislativo, o Supremo Tribunal apenas veio pôr fim à actividade dos *lobbies* privados em detrimento do interesse público.

É duvidoso que, através dessas duas decisões, o Supremo Tribunal tenha pretendido reafirmar o seu lugar de vigilante judiciário do princípio da separação de poderes como acreditara poder fazê-lo na altura do New Deal, quando invalidava as leis que procediam de delegações legislativas que julgava inconstitucionais (v. *supra*, § 7). Duas decisões recentes tenderiam antes a provar que o Supremo Tribunal não se propõe a fazer respeitar esse princípio para além de certas aparências. Na decisão *Morisson v. Olson* (1988),⁹⁰ admitiu a constitucionalidade de uma lei federal sobre a ética no seio do governo (*Ethics in Government Act*, de 1978) que prevê que a investigação e perseguição das infracções criminais cometidas pelos altos funcionários (incluindo o Presidente, o Vice-presidente e os membros dos gabinetes ministeriais) seja confiada a um “procurador independente” (*independent counsel*), actuando perante o juiz federal, beneficiando-se de uma inamovibilidade idêntica àquela de que este goza e exercendo as suas funções fora da hierarquia judiciária com completa independência dos serviços do Departamento de Justiça, detendo simultaneamente autoridade sobre eles na medida do necessário. Mais recentemente, na decisão *Mistretta v. United States* (1989),⁹¹ validou uma lei do Congresso (*Sentencing Reform Act de 1984*) que desapossava os juizes federais dos seus tradicionais poderes de apreciação de sanções penais nos limites fixados pela lei, transferindo para uma comissão federal das penas (*United States Sentencing Commission*) – composta por sete membros nomeados pelo Presidente, que nem é um tribunal, nem é controlada pelo Poder Judicial – o dever de fixar a escala das penas aplicáveis a todos os tipos de crimes federais.

18. Do facto de o Supremo Tribunal não poder interpretar a Constituição a não ser dentro dos limites fixados pelo Congresso, seria errado concluir que ele já não é esse “imenso poder jamais constituído em qualquer povo” de que falava TOCQUEVILLE. Para nos convenceremos disso, basta apreciar a medida da sua

90 487 US 654 (1988).

91 488 US 361.

jurisprudência após o fim da Segunda Guerra Mundial no domínio da protecção dos direitos e das liberdades. Na ocasião da decisão de princípio *Brown v. Board of Education* (1954),⁹² acerca da segregação escolar, o Supremo Tribunal inaugurou um novo período da sua história que, a coberto do que foi chamado o activismo judiciário (*Judicial activism*), transformou a sociedade americana desde os seus alicerces.⁹³ Da desagregação escolar, o Supremo Tribunal passou à integração escolar obrigatória.⁹⁴ Baniu a oração das escolas públicas.⁹⁵ Perturbou todo o sistema de processo penal dos Estados-membros, chamando-os a um escrupuloso respeito dos direitos dos acusados.⁹⁶ Redesenhou o mapa político dos Estados Unidos ao obrigar os Estados-membros, no exercício da sua competência em matéria de limitação das circunscrições eleitorais, a conformarem-se estritamente com o princípio “um homem, um voto”.⁹⁷ Impôs aos Estados o respeito pela vida privada das pessoas.⁹⁸ Anulou todas as leis dos Estados que proibiam o aborto, pelo menos nas seis primeiras semanas de gravidez.⁹⁹ Não houve domínio tocante às liberdades que não tenha sido modificado, desde a liberdade de expressão até à pena de morte, passando pelos direitos das mulheres. O balanço ainda está longe de completo, pois falta juntar-lhe o conjunto de jurisprudência pela qual o Supremo Tribunal aumentou o poder dos tribunais federais, atribuindo-lhes poderes de controlo e mesmo de gestão sobre as prisões federais, os distritos escolares dos Estados-membros e os hospitais.¹⁰⁰ (*sic*)

- 92 347 US 483 (1954); ver também TOINET, M. F., op. cit., *supra*, nota 5, p. 147-152; HAMON, F.; WIENER, C., op. cit., *supra*, nota 23, p. 30-31.
- 93 Para uma visão de conjunto, ver MATHIOR, André. La Cour Suprême à la fin de l'administration Johnson. *RFSP*, p. 261-284, 1969; CADOUX, Charles. Le pouvoir judiciaire aux États-Unis depuis l'élection de Richard Nixon, bilan d'une évolution: 1968-1977. *Revue du Droit Public*, p. 41-106, 1978; MATHIOR, André. La Cour Suprême de Warren à Burger (1953-1983). *Pouvoirs*, n. 29, p. 59-73, 1984.
- 94 *Broun v. Board of Education*, 349 US 294 (1955), chamada *Broun II*; *Green v. County School Board of New Kent County*, 321 US 430 (1968); *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 US 1 (1970).
- 95 *Engel v. Vitale* (The Regents Prayer Case) (1962), que julga inconstitucional, mesmo não sendo obrigatória, a oração pública destinada a ser colectivamente recitada pelos alunos e assim concebida: “Deus Todo-poderoso, reconhecemos a nossa dependência de Ti, e pedimos-Te que nos concedas a Tua benção a nós próprios, a nossos professores e ao nosso país”.
- 96 *Mapp v. Ohio*, 367 US 430 (1962), que incorpora as garantias da 4ª Emenda na cláusula do *Due process* prevista pela 14ª Emenda e que declara por esta forma oponível aos Estados o carácter inoperante da prova obtida por meios ilícitos (*exclusionary rule*); *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1966), que revoluciona o processo penal em matéria de confissões (*confession*).
- 97 *Baker v. Carr*, 369 US 430 (1962), que lança “uma pedrada no charco” ao afirmar que a divisão eleitoral não é uma “questão política” insusceptível de ser discutida perante os tribunais, seguido de *Reynold v. Sims*, 377 US 533 (1964), que estabelece o princípio segundo o qual a divisão eleitoral deve aproximar-se o mais possível da regra “um homem, um voto”.
- 98 *Grisuold v. Connecticut*, 3881 US 479 (1965).
- 99 *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).
- 100 Para uma visão de conjunto, ver o Capítulo V da obra de LASSER, W., op. cit., *supra*, nota 38, p. 160-245.

Apesar de tudo isso, o Supremo Tribunal ainda tem o “poder imenso” de que falava TOCQUEVILLE.

19. Não é duvidoso que o *Warren Court*, em um determinado sentido, ressuscitou o governo dos juizes. Nunca se deve perder de vista que, de todas as leis declaradas inconstitucionais, tratava-se sempre de leis dos Estados, de forma que este “imenso poder” de que o Supremo Tribunal dispõe é, na verdade, no federalismo que o vai beber.

De uma certa maneira, aí reside hoje em dia o seu principal problema. Ao entrar no terreno de direitos e liberdades, atacando corpo a corpo os problemas das discriminações e desigualdades sociais, o *Warren Court* deslocou os equilíbrios constitucionais do federalismo.¹⁰¹ É sobre essas bases que o *Burger Court* e, sobretudo, o *Rehnquist Court* mais marcaram a sua diferença do *Warren Court*. O fundo do problema é que o federalismo permanece nos Estados Unidos, como bem vira TOCQUEVILLE, como a mais sólida garantia da liberdade contra os devidos da democracia e a temível marcha em direcção ao Estado do Leviatão. A chave do formidável debate constitucional que se originou nos Estados Unidos acerca da interpretação da Constituição deve ser procurada no facto essencial de a Constituição americana ser ainda a Constituição de um estado federal.

Os não-interpretacionistas, arraigados à intenção originária do poder constituinte, e os interpretacionistas, ansiosos por fazerem da Constituição um acto vivo,¹⁰² lutam no fundo principalmente por uma só e mesma questão: a de saber se o federalismo ainda pode ser a forma política da sociedade pós-industrial. Daí resulta que, muito mais do que o conservadorismo, no sentido político de que esse termo se reveste na Europa, é na realidade a preocupação de preservar a esfera de autonomia dos Estados, e o direito à diferença daí decorrente explica a lentidão que o Supremo Tribunal impõe à luta pela protecção de direitos e liberdades.¹⁰³ Ainda há que chamar a atenção para o facto de o Supremo Tribunal não ser, na realidade, o dono dessa lentidão, pois, se é verdade que, após certos retrocessos, volta a reafirmar a doutrina de *Roe v. Wade* acerca da interrupção da gravidez,¹⁰⁴ é preciso não

101 Este problema está muito bem visto por ORBAN, Edmond. Droits de la personne et processus de centralisation: role de la Cour Suprême des États-Unis. *Revue Canadienne de Science Politique*, v. 20, p. 711-729; ver também a obra colectiva *Fédéralisme et Cours Suprêmes*. Bruxelles: Bruylant, 1991, sobretudo os artigos de KARTZ, Elle. The US Supreme Court and the integration of american federalism, p. 35-57, e de ORBAN, Edmond. La cour Suprême des États-Unis et le processus de nationalisation, p. 59-80.

102 Ver MICHAUT, Françoise. L'inscription de la décision judiciaire dans un système juridique – réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine. *Revue du Droit Public*, p. 1009-1059, 1989.

103 Ver PINTO, Roger. La mort devant la Cour Suprême – peine capitale et avortement. *Pouvoirs*, n. 59, p. 100-113, 1991.

104 Ver PINTO, Roger. La Cour Suprême américaine et l'avortement – réaffirmation par la Cour Suprême des États-Unis de la liberté constitutionnelle de l'avortement (arrêt du 29 juin 1992: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert P. Casey et al.). *Revue du Droit Public*, p. 907-948, 1993; ver também MODERNE, Frank. Chronique: jurisprudence constitutionnelle étrangère. *RFDE*, n. 11, p. 583-600, 1992.

esquecer que essa reafirmação é de facto concomitante à emergência de um movimento de opinião no Congresso favorável ao que não hesitamos em apelar de uma “constitucionalização” da doutrina de *Roe v. Wade* sob a forma de uma lei federal (*Freedom of Choice Act*).

20. Nascido nos Estados Unidos, o constitucionalismo terá conhecido aí um destino contrastado. A situação alterou-se consideravelmente desde a época em que HAMILTON, impossibilitado de se apoiar na aristocracia, acreditara poder lançar mão do Poder Judicial como “ponto fixo”¹⁰⁵ para agarrar a democracia liberal. Com o aparecimento das massas, o Supremo Tribunal teve de renunciar a travar combates muito difíceis. Retirou-se do debate político nacional para travar o combate da defesa de direitos e liberdades contra os Estados, aceitando conhecer de forma mais ampla do que anteriormente os recursos interpostos por via da excepção de inconstitucionalidade. Dessa reviravolta capital, extraem-se duas conclusões. A primeira é a de que o controlo da constitucionalidade das leis por via de excepção é um meio essencial para aprofundar a democracia e o Estado de Direito. Foi essa técnica que permitiu aos Estados Unidos assegurar a defesa dos direitos das minorias – em primeiro plano, da minoria negra – graças à orientação esclarecida do *Warren Court*. A experiência americana também demonstra que a técnica do controlo da constitucionalidade das leis por via de excepção não pode hoje em dia produzir utilmente os seus efeitos a não ser na dimensão federal. É uma experiência rica de ensinamentos para o sistema francês de controlo da constitucionalidade e talvez mais ainda para o projecto de reforma que consistiria em abrir aos cidadãos a possibilidade de interpor recurso directo para o Conseil Constitutionnel. Mesmo que possamos lamentar que o Senado tenha novamente enterrado este projecto, é duvidoso pensar que no dia em que esta reforma venha a ser efectuada ela possa ter o alcance que alguns lhe atribuem, para o bem como para o mal.

A experiência americana demonstra que a fiscalização da constitucionalidade só produz efeitos úteis na relação com os Estados federados.

O segundo ensinamento da experiência americana é o de que o constitucionalismo, pelo menos na sua forma mais acabada, que implica um controlo jurisdicional da constitucionalidade, tem os seus limites. Na

105 Ver HARTSZ, Louis. *Histoire de la pensée libérale aux États-Unis*. Paris: Economica, 1990, p 97.

106 Ver GEORGES VEDEL (Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l’homme. *Pouvoirs*, n. 13, nova edição, p. 209-219, 1991), o qual sublinha que “o essencial da problemática pertinente ao Conseil constitutionnel (...) resulta da protecção dos direitos e liberdades pelo juiz constitucional”.

hora de todo o poder do sufrágio universal, o juiz constitucional não se pode colocar como o guardião da totalidade do direito constitucional positivo.¹⁰⁶ Mesmo em matéria de direitos e liberdades, ele deve fazer escolhas e estabelecer prioridades.¹⁰⁷ É uma tarefa já suficientemente difícil em si mesma para que nos interroguemos sobre a oportunidade de convidá-lo a travar combates que não são os seus e que, a prazo, poderiam ser-lhe fatais.

Demonstra também que o controlo judicial da constitucionalidade tem os seus limites.

107 Ver BRUNO GENEVOIS (La jurisprudent du Conseil constitutionnel est-elle imprevisible?. *Pouvoirs*, n. 59, p. 129-142, 1991), que explica sobriamente o "controlo modulado" que o juiz constitucional exerce e o "elemento de suavidade" que daí resulta.