

Parte I - Estados Unidos

Esta primeira parte tem por objeto o exame do controle de constitucionalidade das normas desenvolvido nos Estados Unidos, uma vez que este modelo, além de ser o primeiro a surgir no mundo, serviu como paradigma comparativo para a instalação desta prática em nosso país no final do século XIX. Apesar de uma sensível diminuição da influência da Suprema Corte sobre outros tribunais do mundo⁶, hoje acentuada pela composição mais conservadora das últimas décadas⁷, foi no *judicial review* estadunidense que o legislador brasileiro buscou inspiração para tentar amenizar a crise que assola o STF, introduzindo em nosso sistema de jurisdição constitucional a exigência de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas em sede de recurso extraordinário. Este instituto foi criado à semelhança do *writ of certiorari*, que se transformou, no século XX, na principal forma de acesso à Suprema Corte norte-americana, conferindo-lhe ampla discricionariedade na escolha dos casos que serão analisados naquela instância.

A compreensão do funcionamento do *judicial review* nos Estados Unidos, e especificamente do instituto do *writ of certiorari*, portanto, parece necessária para

⁶ Por ocasião de palestra proferida na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em 17 de maio de 2005, o professor norte-americano Mark Tushnet, ao responder a indagação feita pelo constitucionalista Luís Roberto Barroso, não só confirmou a tese de que a influência da Suprema Corte sobre outros tribunais constitucionais vem diminuindo nas últimas décadas, como acrescentou que esta posição de destaque passou a ser ocupada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, pela Corte Européia de Direitos Humanos e pela Suprema Corte canadense.

⁷ Uma análise pessimista sobre esta nova composição da Suprema Corte encontra-se em DWORKIN, Ronald. “The Strange Case of Justice Alito”, *The New York Review*, pp. 14-16, 23 de fev. de 2006, artigo no qual examina a indicação de Samuel Alito para a Suprema Corte. A conclusão de Dworkin é a seguinte: “(...) parece haver pouca dúvida de que a Corte agora se move para a direita. Nós podemos estar no limite de uma nova, longa e muito mais sombria era de nossa história constitucional”. Tradução livre; no original: “(...) there seems little doubt that the Court will now move to the right. We may be on the edge of a new, long, and much darker era of our constitutional history”.

que se compreenda o alcance que a repercussão geral poderá ter no direito brasileiro, notadamente no seu principal tribunal judicial, o Supremo Tribunal Federal.

O capítulo 1 trata dos aspectos institucionais do *judicial review* estadunidense: seu fundamento normativo, as competências da Suprema Corte, os efeitos das suas decisões e as doutrinas de acesso que obstam determinados casos de alcançarem o mais alto tribunal norte-americano.

Em seguida, no capítulo 2, será feita uma comparação entre a prática do *judicial review* à época do seu surgimento e aquilo em que ele se transformou ao longo do século XX, com o surgimento de novas características e o fim de antigos limites para seu exercício. Esta contraposição temporal pretende destacar como a ampliação do escopo do *writ of certiorari* – e do conseqüente poder discricionário de autodefinição da agenda pela Suprema Corte – trouxe importantes alterações à compreensão do significado e do alcance do *judicial review*, bem como do papel que a Suprema Corte deve exercer naquele país, especialmente na proteção dos direitos individuais e na manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

O capítulo 3 destina-se à análise do *writ of certiorari*, acompanhada de uma tentativa de apontar quais os critérios adotados para sua concessão ou denegação. Esta tarefa não é simples, na medida em que a Suprema Corte possui discricionariedade quase absoluta para admitir os casos que irá julgar, sem precisar fundamentar tais decisões. Mas trabalhos de cientistas políticos, como H. W. Perry Jr., que mergulhou a fundo na pesquisa da definição da agenda da Suprema Corte, possibilitam, ao menos, aproximar-se de um conteúdo comum que torna determinadas causas dignas de receber o *certiorari* (*certworthiness*).

Por fim, o capítulo 4 oferece uma análise das objeções feitas atualmente ao *judicial review*, destacando-se uma mudança no foco das críticas, que deixam de atacar a dificuldade contramajoritária e passam a ter como alvo principal a supremacia judicial, ou seja, a prevalência da interpretação constitucional fornecida pela Suprema Corte sobre aquela realizada diretamente pelos demais poderes políticos.

Capítulo 1. Aspectos Institucionais do Judicial Review

A Suprema Corte é o único órgão de justiça cuja implantação foi prevista pela Constituição dos Estados Unidos (artigo III). A criação dos demais órgãos jurisdicionais foi delegada pelo poder constituinte ao Congresso Nacional⁸. Ela é composta atualmente por nove juízes (*justices*), muito embora este número já tenha variado bastante ao longo do tempo⁹, não havendo qualquer espécie de divisão em Câmaras ou Salas. As decisões são tomadas sempre pelo Plenário, sendo permitida a publicação de votos dissidentes.

A Suprema Corte dos Estados Unidos é o órgão máximo do Poder Judiciário norte-americano. Inexistindo qualquer forma de controle abstrato da legislação, o acesso à sua jurisdição somente se dá através da apreciação de algum recurso processual ou do julgamento de causas cuja competência seja originariamente a ela atribuída. A legitimidade ativa para acessar o controle concreto de constitucionalidade é, portanto, de qualquer litigante - seja ele pessoa física, jurídica ou ente governamental - que desafie a constitucionalidade de uma lei cujo conteúdo supostamente viole algum direito constitucionalmente garantido.

1.1 Classificação

⁸ Cf. NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald D., YOUNG, J. Nelson. *Constitutional Law*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1978, p. 24.

⁹ *Ibid.*, pp. 38-39, onde os autores narram a variação, ao longo da história, do número de componentes da Suprema Corte.

O controle de constitucionalidade estadunidense, dentro das tradicionais categorias em que se classifica este instituto¹⁰, pode ser definido como difuso, em relação ao aspecto subjetivo (quem pode exercer o controle), e concreto, em relação ao aspecto formal (ou modal), que se refere ao modo como ele é exercido. Difuso porque todos os tribunais jurisdicionais existentes no país podem (e devem) aplicar diretamente a Constituição aos litígios que lhes são submetidos, e concreto por ser exercido somente se a norma tida por inconstitucional violar direito constitucionalmente garantido de algum cidadão, uma vez que a Suprema Corte, em decorrência de limitação constitucionalmente imposta, somente pode se pronunciar na solução de um caso ou controvérsia real¹¹. Não existe, naquele país, o monopólio da interpretação constitucional por um tribunal especializado, tampouco o controle de normas realizado de maneira abstrata.

1.2. Efeitos

Muito embora a decisão da Suprema Corte seja tomada sempre em relação a um caso ou controvérsia concretos, não se pode dizer que a decisão opera efeitos apenas *inter partes*. Isto porque, no sistema de *common law*, os precedentes têm força vinculante (*stare decisis*)¹². Desta forma, sendo a Suprema Corte a mais alta corte judiciária do país, predomina o entendimento de que suas decisões são vinculantes para todas as cortes inferiores do Judiciário, bem como para as autoridades administrativas, inclusive o Presidente e o Congresso.

¹⁰ Sobre a diferenciação entre modalidades de controle difuso e concentrado, concreto e abstrato, v., por exemplo, CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., pp. 891-892 e 894 e CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2ª edição, reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, caps. III e IV.

¹¹ A limitação decorre do artigo III, § 2º, da Constituição dos Estados Unidos, que restringe a atuação da Suprema Corte a casos e controvérsias (*cases and controversies*). A respeito da doutrina de “*case or controversy*”, v. NOWAK, John E., ROTUNDA, Donald D., YOUNG., J. Nelson, op. cit., pp. 54 e segs.

¹² Cf. SEGADO, Francisco Fernández. “La Jurisdicción Constitucional ante el Siglo XXI (La quiebra de la bipolaridad ‘sistema americano-sistema europeo-kelseniano’ y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad)”, disponível em <http://comunidad.vlex.com/acader/m9.htm>, acesso em 12 de jan. de 2006, de onde se extrai: “*Aunque formalmente los efectos se circunscriben a las partes de la litis, la incidencia del principio ‘stare decisis’ puede llegar a alterar esta circunstancia*” (p. 14). Em tradução livre: *ainda que formalmente os efeitos se circunscrevam às partes da litis, a incidência do princípio ‘stare decisis’ pode chegar a alterar esta circunstancia*”.

Com relação à eficácia temporal da decisão que declara uma norma inconstitucional, pode-se dizer que a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos tem o condão de declará-la nula desde a sua origem, não podendo mais ser aplicada a nenhum caso dali por diante e, ainda, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Entretanto, este entendimento é aplicado em sua plenitude apenas para as partes envolvidas no caso julgado pela Suprema Corte. Com relação a terceiros, o entendimento adotado é o de que pode haver a mitigação da retroatividade. O caso que definiu esta postura foi *Linkletter v. Walker*¹³, no qual o recorrente pedia a revisão da sua condenação criminal com base na proibição de prova ilícita, que fora estabelecida em outro caso, *Mapp v. Ohio*¹⁴, julgado após sua condenação. Ainda assim, a Suprema Corte optou por limitar o efeito retroativo de tal proibição, alegando poder analisar as vantagens e desvantagens de tal efeito diante do caso concreto e recusando-se a conceder a revisão pretendida pelo recorrente¹⁵.

1.3. Competência

A competência da Suprema Corte pode ser dividida em originária e recursal. São de sua competência originária os (raros) casos em que haja envolvimento de embaixadores, ministros e cônsules, bem como casos em que exista uma controvérsia entre dois ou mais estados, conforme expressamente previsto no artigo III da Constituição norte-americana. Nestas hipóteses, a Suprema Corte funciona como uma “corte de julgamento” (*trial court*), apreciando a matéria em primeira (e última) instância¹⁶.

Já a competência recursal pode ser exercida em três situações distintas: apelação (*mandatory appeal*), certificação (*certification*) e *certiorari*. Nos dois primeiros casos, o conhecimento dos recursos é um dever a ser observado pela

¹³ 381 U.S. 618 (1965)

¹⁴ 367 U.S. 643 (1961)

¹⁵ Cf. SARMENTO, Daniel. “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade”, in SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 09-45.

¹⁶ NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S. *Judicial Process: Law, Courts and Politics in the United States*. Thomson Wadsworth, 2004, p. 467, NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald D., op. cit., p. 31.

Suprema Corte (ao menos teoricamente), enquanto no terceiro existe discricionariedade no exame da sua admissibilidade.

As apelações para a Suprema Corte são possíveis quando cortes inferiores tenham declarado uma lei inconstitucional, seja ela estadual ou federal. Até 1988, eram cabíveis apelos contra decisões de praticamente todos os Tribunais estadunidenses (*U.S. court of appeals, U.S. district courts, three-judge district courts e state supreme courts*¹⁷), havendo a obrigatoriedade da Suprema Corte de conhecer daqueles casos. No entanto, seus membros tratavam os casos de apelação da mesma maneira que os que ali chegavam por meio de *certiorari*, e, portanto, examinavam discricionariamente se os admitiam ou não¹⁸. Até que, depois de duas décadas de forte *lobby*, no ano de 1988 foi aprovada uma lei limitando os casos de *mandatory appeal* às decisões das cortes distritais de três juízes (*three-judge district courts*), tornando esta modalidade recursal muito restrita¹⁹.

O processo de certificação (*certification*) é ainda mais raramente utilizado nos Estados Unidos, e consiste em casos nos quais o tribunal que julga o caso em segunda instância (e não a parte vencida no feito) submete uma determinada questão de direito federal ao juízo da Suprema Corte²⁰.

Deve-se ressaltar que as competências da Suprema Corte também podem ser limitadas pelo Congresso Nacional, como reconhecido no julgamento do caso *Ex Parte McCordle*²¹, proferido ainda no século XIX. Entretanto, não pode haver limitação com o objetivo de controlar o mérito de uma determinada causa²², assim

¹⁷ Sobre os tribunais presentes na organização judiciária estadunidense, consultar NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., capítulos 3 e 4.

¹⁸ Cf. BRENNAN, William J. Jr., "Some Thoughts on the Supreme Court's Workload", in *Judicature*, vol. 66, n. 6, 1983, p. 232. Destaca-se a seguinte passagem: "*Policy considerations that give rise to the distinction between review by appeal and review by writ of certiorari have long since lost their force, and abandonment of our appellate jurisdiction (leaving a writ of certiorari as the only means of obtaining Supreme Court review) is simply recognition of reality*". Em tradução livre: "Considerações políticas que deram azo à distinção entre revisão por apelação e revisão por *writ of certiorari* há muito perderam sua força, e o abandono de nossa jurisdição de apelo (deixando o *writ of certiorari* como o único caminho para obter o controle pela Suprema Corte) é simplesmente o reconhecimento da realidade.

¹⁹ Cf. NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., p. 469.

²⁰ Cf. NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., p. 467.

²¹ 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1869)

²² Cf. NOWAK, John E., ROTUNDA, Donald D., YOUNG., J. Nelson, op. cit., pp. 43-44, onde os autores citam *United States v. Klein* (80 U.S. (13 Wall.) 128 (1871)) como o precedente que veda esta prática, afirmando que a limitação jurisdicional deve ser sempre neutra.

como é vedada a violação ao devido processo legal de maneira que se impeça a parte de usufruir algum direito conferido pela Constituição²³.

1.4. Doutrinas de acesso

Além da possível restrição por parte do Congresso, acima descrita, existem óbices processuais e materiais que podem impedir a apreciação da questão pela Suprema Corte, conhecidos como “doutrinas de acesso”. Estes obstáculos fazem com que apenas determinados casos e litigantes tenham acesso à Suprema Corte²⁴.

O primeiro deles refere-se à “justiciabilidade” (*justiciability*), que pode ser definida como “o caso que é apropriado para ser decidido por uma corte²⁵”. Isto significa que o Judiciário deve possuir um remédio para a questão colocada diante de si, de maneira que sua atuação não seja inócua. O principal componente desta doutrina é a proibição ao exercício de função consultiva pela Suprema Corte (vedação de *advisory opinions*)²⁶.

Outra doutrina de acesso é aquela conhecida como *standing*; refere-se ao direito da parte de provocar o Judiciário sobre determinada questão. Seu conceito não é de fácil definição, mas três componentes básicos podem ser identificados: (i) o caso deve envolver uma disputa real, e não meramente abstrata; (ii) a parte deve possuir interesse em agir, no sentido de que a não interferência do Judiciário causar-lhe-á algum dano²⁷; e (iii) o dano sofrido pela parte litigante deve ser direto e pessoal, de maneira que seu interesse no litígio seja direto e imediato. Por conseguinte, não se admite o ajuizamento de ações em benefício de terceiros, à exceção de casos como pais que agem na proteção dos filhos menores e dos

²³ NOWAK, John E., ROTUNDA, Donald D., YOUNG., J. Nelson, op. cit., pp. 44-48.

²⁴ Cf. NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., p. 470.

²⁵ NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., p. 470.

²⁶ Alguns poucos estados norte-americanos permitem às suas respectivas Supremas Cortes a emissão de opiniões por provocação do Governador ou do Procurador-Geral. Cf., a propósito, NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., pp. 470-471.

²⁷ NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., p. 471, explicam que este componente veda o que eles chamam *friendly lawsuits*, ou litígios amigáveis. Mas ressaltam que esta limitação é recente, citando o exemplo do caso *Carter v. Carter Coal Company* (1936), no qual um industrial processou sua própria empresa a fim de não cumprir uma lei relacionada ao *New Deal*, tendo esta sido declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Atualmente o processo seria rejeitado por não preencher o requisito do *standing*.

litígios coletivos, nos quais uma associação, por exemplo, age em benefício dos seus membros²⁸.

Duas doutrinas de acesso que se relacionam com a necessidade do provimento jurisdicional são as chamadas *ripeness* e *mootness*. A primeira, cujo significado pode ser traduzido por algo como “maturidade”, exige que o caso colocado perante a Corte não produza um julgamento prematuro ou abstrato. Isto significa que a questão discutida não pode ter sido levantada cedo demais, antes que existisse a lesão ao direito individual tutelado. Em outras palavras, a causa deve estar madura para julgamento²⁹. Desta forma, não basta uma ameaça hipotética a algum direito, sendo necessária a efetiva violação do mesmo para que a questão possa ser analisada³⁰.

A segunda doutrina citada (*mootness*) ocorre nas situações analogamente opostas àquela acima colocada, quando a questão, em vez de ser trazida muito cedo ao conhecimento do Judiciário, teria sido levantada tarde demais, em momento no qual a decisão da autoridade jurisdicional não teria qualquer efeito benéfico para a parte interessada. Esta doutrina está relacionada à necessidade do provimento jurisdicional, ou seja, se, por alguma razão, a decisão que se buscava anteriormente perder a utilidade para a parte reclamante (seja pela alteração da lei, seja pelo pagamento da obrigação que se buscava), o caso não será mais julgado³¹.

²⁸ NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., pp. 470/471.

²⁹ Cf. NOWAK, John E., ROTUNDA, Donald D., YOUNG., J. Nelson, op. cit., pp. 68-70.

³⁰ Um exemplo valioso para ilustrar o que seria *ripeness* encontra-se nos casos *Roe v. Ullman* (1961) e *Griswold v. Connecticut* (1965). O primeiro caso foi ajuizado para afastar óbices legais à abertura de uma clínica de controle de natalidade em New Haven, já que uma lei do Estado de Connecticut proibia o uso de métodos anticoncepcionais, mas foi rejeitado porque a lei jamais havia sido aplicada. Depois da abertura da clínica, seu presidente foi preso, e a questão novamente foi levada ao judiciário, que acabou julgando inconstitucional a proibição legislativa do uso de anticoncepcionais, no julgamento do segundo caso citado. Desta vez, não se poderia argumentar ausência de *ripeness* a fim de recusar o caso. Cf. NEUBAUER, David W., MEINHOLD, op. cit., p. 473.

³¹ Cf. NOWAK, John E., ROTUNDA, Donald D., YOUNG., J. Nelson, op. cit., pp. 59-68. Este requisito, como notam os autores, muitas vezes é mitigado, como aconteceu no paradigmático caso *Roe v. Wade*. Naquela oportunidade, a corte decidiu sobre a inconstitucionalidade de leis que proibissem a prática do aborto. O caso de Jane Roe, que foi julgado pela Suprema Corte, seria em princípio *moot*, na medida em que a gestação da Autora já teria se encerrado há tempos. Porém, o recurso foi julgado, sob a alegação de que a recorrente poderia engravidar novamente e, mais uma vez, desejar abortar. De qualquer forma, o argumento não convence, uma vez que esta segunda possibilidade reflète um interesse hipotético, que também não poderia ser analisado. O fato é que, em determinados casos, a regra é flexibilizada para evitar que questões importantes não deixem de ser julgadas pela Suprema Corte. No mesmo sentido, v. NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., pp. 473, que citam o mesmo exemplo. Os autores, entretanto, demonstram que a mitigação do requisito depende da vontade política da Suprema Corte de analisar aquela matéria

A última das doutrinas de acesso, e provavelmente a mais interessante e rica, é a doutrina das questões políticas, que será mais detidamente analisada adiante (item 2.2.2). Ela se relaciona com a separação de poderes e com o papel adequado que cada um deve exercer na democracia estadunidense. Mas esta doutrina entrou em declínio nos últimos anos, sendo restrita, atualmente, praticamente a casos de assuntos estrangeiros e de segurança nacional³².

Assim, com todos os óbices à análise de questões constitucionais pela Suprema Corte, torna-se extremamente difícil para o cidadão comum conseguir acessar a jurisdição do principal tribunal de seu país. Os números referentes ao ano judicial de 2004 não deixam dúvidas quanto à dificuldade mencionada: de 7.542 casos submetidos à consideração da Suprema Corte, apenas 80 (1,1%) tiveram o seu mérito examinado³³.

ou não, citando o exemplo contido em *City News & Novelty, Inc. v. City of Waukesha* (2001). Neste caso, uma livraria voltada para o público adulto questionou a exigência de uma licença anual a ser expedida para lojas que comercializem material pornográfico. A Suprema Corte preferiu deixar de analisar o caso, sob o argumento que, à época do julgamento, a livraria autora da ação já havia fechado as portas (em grande parte por não conseguir arcar com os custos da ação).

³² Cf. NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S., op. cit., pp. 473/476.

³³ Dados obtidos em “The Supreme Court – 2004 Term – The Statistics”, in *Harvard Law Review*, vol. 119, nov. de 2005, p. 426.