

O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Juarez Freitas

Professor das Faculdades de Direito da Pucrs e da Ufrgs, Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, Pós-Doutor pela Universidade Estatal de Milão, Advogado

Gabriel Wedy

Juiz Federal, *Visiting Scholar* na Columbia Law School, Doutorando e Mestre em Direito pela Pucrs, Professor na Ajuris, na Esmafe/RS e na Unisinos

Resumo

O artigo aborda tema pouco versado na doutrina constitucional brasileira até o momento: o legado dos votos vencidos na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. É esquadrinhada, em tom crítico, a influência de tais votos no fomento do debate público e, ainda, no embasamento para alteração da jurisprudência daquela Corte em casos futuros. Nessa perspectiva, alguns dos mais prestigiados *leading cases* da história norte-americana são avaliados com o foco não na posição firmada pela maioria dos *justices*, mas no conteúdo externado pelos votos vencidos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Votos vencidos. Precedentes. Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Abstract

This paper brings to debate a subject which is strange to Brazilian Constitutional Law so far: the legacy of dissents in the leading cases of the United States Supreme Court. The influence of dissents in the promotion of public debate in society is analyzed, as well as in the foundation for changing the Court's jurisprudence in future cases. Some of the most prestigious leading cases in the history of the United States are analyzed by the authors, aiming not at the decisions of the majority of justices, but at the externalized content of the dissents.

Keywords: *Constitutional Law. Dissents. Supreme Court of the United States. Leading cases.*

Sumário: Introdução. 1 Os dissensos no direito norte-americano. 2 Exame de dissensos na Suprema Corte norte-americana. 2.1 *Dred Scott v. Sanford* (1857). 2.2 *Plessy v. Ferguson* (1896). 2.3 *Lochner v. New York* (1905). 3 Casos célebres e recentes com dissensos que serão avaliados pelas futuras gerações. 3.1 *Bush v. Gore*. 3.2 *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 576 U.S. (Obamacare). 3.3 *Citizens United v. Federal Election Commission* (130 S. Ct. 876 [2010], at 887, 909). Conclusão. Referências.

Introdução

Os precedentes judiciais ostentam notável prestígio argumentativo, em especial nos países da Common Law, marcados pelo sistema do *stare decisis*. Não é exagero afirmar que o direito desses países, em boa medida, é construído com base nos precedentes e que estes balizam a estrutura jurídico-institucional. Ali, a segurança jurídica é alcançada mercê da observância, em larga escala, de precedentes sólidos, ao menos tidos como aceitáveis culturalmente. Graças a isso, a Constituição norte-americana logrou adaptar-se às novas realidades, sem deixar de se preservar formalmente, mantendo-se quase intacta desde a versão dos *Founding Fathers*,¹ em 1787.

Os *leading cases* da Suprema Corte americana tornam-se, assim, regras a serem acatadas pelo Executivo, pelo Judiciário e pelo Legislativo, de maneira que os votos que formam a posição majoritária das opiniões dos *justices* são festejados ou lamentados, pois entram na história de modo positivo ou negativo, com certa tendência à duração por largo período. Talvez por isso, quando se estuda o direito constitucional americano, costuma-se, em geral, esquecer o outro lado da moeda: os votos vencidos. Tende-se a diminuir a importância dos votos perdedores, negligenciá-los ou simplesmente esquecê-los. Não obstante, ao longo da história, foram justamente alguns dos votos vencidos que veicularam as melhores razões e mantiveram aceso o debate público, não apenas na academia. Tornaram-se contribuições seminais para alterar o entendimento norteador de futuras decisões da Suprema Corte norte-americana.

É, pois, justamente sobre o legado dos votos vencidos, em célebres *leading cases*, que se debruça o artigo, analisando, inicialmente, decisões com suficiente distanciamento histórico. Ato contínuo, serão mencionados votos dissidentes em casos recentes, que não receberam ainda o temperado

¹ Sobre a elaboração da Constituição americana e os seus “pais”, McCLANAHAN, Brion. **The Founding Fathers**. Washington: Regnery, 2012. Para aprofundamento sobre a base, a consolidação e a origem do direito constitucional norte-americano, ver: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The federalist papers**. China: Sweetwater, 2010.

juízo da história, e cujos efeitos não foram sopesados com maior segurança. Nesse último caso, o que se almeja realizar são projeções, com argumentos contrafactuais, sobre o possível legado na construção do direito norte-americano, o qual, goste-se ou não, irradia critérios e influências para os tribunais e os doutrinadores de boa parcela do mundo.

1 Os dissensos no direito norte-americano

O constitucionalismo norte-americano, desde a Declaração de Virgínia (1776), passando pela Constituição de 1787 (vigente até hoje) e pelas emendas que emanaram do Bill of Rights,² confere expressivo significado aos precedentes judiciais. No sistema da Common Law e do *stare decisis*, o direito constitucional é construído a partir da determinação interpretativa do conteúdo ligado à vaga vontade da população e de seus representantes e, com pronunciado destaque, por meio de precedentes judiciais.

A doutrina norte-americana, notadamente a professada por Bruce Ackerman, classifica o constitucionalismo americano em três etapas inovadoras, quais sejam: a fundação, a reconstrução e o New Deal. Para Ackerman, é equívoco estabelecer ordem decrescente dos três períodos mais relevantes do constitucionalismo, levando em consideração o aspecto criativo, como se apenas a fundação e a reconstrução configurassem fontes de novas soluções constitucionais para *hard cases*. Diversamente, Ackerman propõe solução narrativa na qual os republicanos da Reconstrução e os democratas do New Deal aparecem como iguais em importância aos *Framers*, na geração de processos legislativos e de soluções substantivas em nome do povo norte-americano.³

Com acerto, pois a fonte do direito constitucional norte-americano certamente tem que ser levada a sério nesses três ricos períodos de interpretação e criação. Negligenciar a Corte do New Deal implica não emprestar o devido valor a um momento crucial, seja no atinente à regulação

² Sobre o Bill of Rights, é obra referencial: AMAR, Akhil Reed. **The Bill of Rights**. New Haven: Yale University Press, 1998.

³ Como refere Ackerman: "(...) *The professional wisdom arrays these periods in descending order of constitutional creativity: the Founding was creative both in process and substance; Reconstruction was creative only substantively; the New Deal was not creative at all. To fix ideas, call this a two-solution narrative, since it recognizes only the Founding and Reconstruction as sources of new constitutional solutions. In contrast, I shall be proposing a three-solution narrative – in which both Reconstruction Republicans and New Deal Democrats appear as the equals of the Founding Federalists in creating new higher lawmaking processes and substantive solutions in the name of We the People of The United States*" (ACKERMAN. **We the people: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 58).

das liberdades, seja no que concerne à consolidação dos direitos civis.

Nesse pano de fundo, não apenas as posições defendidas pelas maiorias da Suprema Corte devem ser escrutinadas. Claramente, as decisões majoritárias não têm sido a causa única de impactos e mudanças sociais, tampouco podem ser consideradas como fontes isoladas. Uma decisão tomada por maioria pode ser – frequentemente é – iníqua, arbitrária, percebida como teratológica, às vezes até no tempo em que foi ultimada. Tal decisão pode ser injusta, embora apoiada por ampla maioria da sociedade contemporânea. Pode, é claro, ocorrer que a decisão permaneça respeitável ao longo do tempo, recebida como justa inclusive pelas futuras gerações. Apenas nesse último caso, o dissenso pode não ter maior peso para o direito constitucional, isto é, não passar de registro nas atas da Suprema Corte como mera divergência.

Naturalmente, a última circunstância não é a que causa inquietação, porém as primeiras: as decisões majoritárias da Suprema Corte, apoiadas ou não pela sociedade de seu tempo, que, no futuro, são reputadas injustas ou capturadas por fatores extrajurídicos inaceitáveis. Nesse contexto, avultam os votos dissidentes, muitas vezes incompreendidos, ridicularizados e esmagados pela maioria da Corte. No entanto, à luz do Tribunal da História, podem encarnar vitórias morais.

Sem dúvida, o escrutínio intertemporal das decisões da Suprema Corte, que jamais se confunde com desacato, autoriza afirmar que determinado voto dissidente é que era o melhor, merecendo servir como inspiração para mudança de opinião, a par de alento para movimentos em defesa dos direitos civis, novas posturas ambientais e abordagens morais civilizatórias.

Não são incomuns os casos em que a maioria da Corte entendeu de acordo com tendências epocais e tomou rumos interpretativos que conflitam com os anseios das gerações futuras. Em contrapartida, alguns votos dissidentes deixaram transparecer que foram prolatados com visão de longo prazo, amparados em perspectiva que faltou à maioria.

A propósito, em boa hora, Mark Tushnet empreendeu minuciosa análise de célebres votos dissidentes da Suprema Corte norte-americana⁴ em casos como *Dred Scott v. Sanford*⁵ (1857), com base no voto do *Justice*

⁴ Ver: TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008.

⁵ No caso, que até hoje é considerado a maior mácula moral da Suprema Corte norte-americana, a decisão foi a de que os indivíduos da raça negra não seriam considerados cidadãos no sentido constitucional. Nestes termos: “*Rule of Law – Individuals of the Negro race are not to be considered citizens in the constitutional sense*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET;

Benjamin R. Curtis; *The Civil Rights Cases* (1883), com base no voto do *Justice* John Marshall Harlan; *Plessy v. Ferguson*⁶ (1896), com base, novamente, no voto do *Justice* John Marshall Harlan; *Lochner v. New York*⁷ (1905), com base no voto dos *Justices* John Marshall Harlan, um dos mais conhecidos *dissenters* da Suprema Corte, e de outro famoso prolator de votos vencidos, o *Justice* Oliver Wendell Holmes; *Whitney v. California*⁸ (1927), com base no voto do *Justice* Louis D. Brandeis; *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (1937), com base no voto do *Justice* James McReynolds; *Korematsu v. United States*⁹ (1944), com base no voto dos *Justices* Frank Murphy e Robert H. Jackson; *Goesart v. Clearly* (1948), com base no voto do *Justice* Wiley Rutledge; *Brown v. Board of Education*¹⁰ (1954), com base no

KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 52).

⁶ A decisão, no caso, foi a de que a segregação dos negros seria razoável, se baseada em usos, costumes e tradições do povo no estado. Assim: “*Rule of Law – Segregation of the races is reasonable if based upon the established custom, usage, and traditions of the people in the state*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 53).

⁷ A decisão para o caso foi de que, para ser justo, razoável e apropriado o uso do poder de polícia pelo Estado, o ato deve ter relação direta entre meios e fins, para que possa alcançar um apropriado e legítimo objetivo estatal. Neste sentido: “*Rule of Law – To be a fair, reasonable, and appropriate use of a state’s police power, an act must have a direct relation, as a means to an end, to an appropriate and legitimate state objective*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 76).

⁸ No caso, restou definido que o Estado pode, no exercício do poder de polícia, punir abusos na liberdade de discurso em que tais declarações são hostis ao bem-estar público como tendendo a incitar o crime, perturbar a paz ou colocar em perigo o governo organizado por meio de subversão violenta. Neste sentido: “*Rule of Law – A state may, in the exercise of its police power, punish abuses of freedom of speech where such utterances are inimical to the public welfare as tending to incite crime, disturb the peace, or endanger organized government through threats of violent overthrow*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 114).

⁹ No caso, a decisão foi a de que o receio pelas autoridades militares competentes de grave e iminente perigo para a segurança pública, em tempos de guerra, pode justificar a redução dos direitos civis de um único grupo racial. Neste sentido: “*Rule of Law – Apprehension by the proper military authorities of the gravest imminent danger to the public safety can justify the curtailment of the civil rights of a single racial group*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 58).

¹⁰ Nesse caso ficou definido que a doutrina do “*separate but equal*” não tinha aplicação no campo da educação e que a segregação de crianças em escolas públicas, baseada apenas na raça, violava a cláusula constitucional da igual proteção (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters

voto do *Justice* Robert H. Jackson; *Baker v. Carr*¹¹ (1962), com base nos votos dos *Justices* Felix Frankfurter e John Marshall Harlan; *Abington School District v. Schempp* (1963), com base no voto do *Justice* Potter Stewart; *Griswold v. Connecticut*¹² (1965), com base nos votos dos *Justices* Hugo L. Black e Potter Stewart; *Morrison v. Olson*¹³ (1988), com base no voto do *Justice* Antonin Scalia; e *Lawrence v. Texas*¹⁴ (2003), com base no voto, outra vez, do *Justice*

Kluwer, 2010. p. 54). Pouco se fala na doutrina brasileira, em matéria de direito constitucional comparado, no desdobramento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (349 U.S. 294), também chamado na doutrina norte-americana de *Brown II*, que foi decidido posteriormente, em 1955, no sentido da implementação do decidido no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (*Brown I*), no ano de 1954, portanto, um ano antes. No *Brown II*, foi determinado que os processos na Suprema Corte em matéria de segregação fossem devolvidos para que as cortes inferiores determinassem em suas decisões ordens consistentes com princípios equitativos de flexibilidade e exigissem que os réus iniciassem uma total integração racial nas escolas públicas. Neste sentido: “*Rule of Law – The ‘separate but equal doctrine’ has no application in the field of education and the segregation of children in public schools based solely on their race violates the Equal Protection Clause*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 55).

¹¹ A decisão, no caso em tela, foi de que questões sobre proporcionalidade na composição dos Legislativos nos estados poderiam ser apreciadas pelo Poder Judiciário sem invasão de competência constitucional dos demais poderes. O caso envolvia o estatuto do Estado do Tennessee, que foi impugnado judicialmente como obsoleto, após 60 anos de vigência, por distribuir desproporcionalmente as vagas de membros da assembleia ocupadas por representantes dos municípios. De fato: “*Rule of Law – Reapportionment issues present justiciable questions*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 11).

¹² A decisão foi a de que o direito à privacidade, embora não explicitamente declarado no *Bill of Rights*, é uma penumbra formada por outras garantias explícitas. Como tal, ele é protegido contra a regulação do Estado quando esta é desnecessariamente ampla. Neste sentido: “*Rule of Law – The right to privacy, although not explicitly stated in the Bill of Rights, is a penumbra, formed by certain other explicit guarantees. As such, it is protected against state regulation that sweeps unnecessarily broad*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 87).

¹³ A decisão foi a de que o Conselho Independente de Ética no Governo era órgão administrativo admitido pela Constituição e não violava a independência dos poderes. O caso foi discutido, após ser alegado por Olson, advogado da Environmental Protection Agency (EPA), que estava com a sua conduta sob investigação do referido conselho. A questão ficou delimitada pela Suprema Corte, nos seguintes termos: “*Rule of Law – The independent counsel provisions of the Ethics in Government Act are constitutional*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 47).

¹⁴ A decisão deste *leading case* foi no sentido de que a legislação que criminaliza a sodomia entre adultos do mesmo sexo dentro de sua própria residência viola a causa do devido processo. A Suprema Corte fixou: “*Rule of Law – Legislation that makes consensual sodomy*

Antonin Scalia, caracterizado pelo originalismo,¹⁵ o qual, ao que tudo indica, não será consagrado pela história.

Tushnet chega a analisar como dissensos, ainda que impróprios, o voto do *Justice* John Bannister Gibson, da Pennsylvania Supreme Court, em *Eakin v. Raub* (1825), que critica o poder das cortes de invalidar legislações como reconhecido em *Marbury v. Madison*¹⁶ (1803). Como dissenso impróprio, também entende o veto do Presidente Andrew Jackson (1832) à legislação embasada no caso *McCulloch v. Maryland*¹⁷ (1819).

Interessa notar que, no embate jurídico, os *justices* tiveram acesso aos mesmos documentos e às mesmas alegações das partes, mas tomaram decisões diametralmente opostas ou, ao menos, pronunciadamente distintas, não raro com toques de extremismo. A partir daí, procuraram convencer os seus colegas, com as armas da retórica, de que as suas posições seriam as corretas, invocando o texto da Constituição, a teleologia ou os precedentes, sem deixar de incorrer, às vezes, na chamada “avareza cognitiva”.¹⁸

É certo que a decisão tomada pela maioria produz efeito direto sobre as cortes federais e estaduais. A publicação do voto dissidente, entretanto, provavelmente leva a que cidadãos que venham a compartilhar da posição

between adults in their own dwelling criminal, violates due process” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 93).

¹⁵ Sobre o originalismo, ver: SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

¹⁶ A decisão do caso foi a de que a Suprema Corte tem o poder implícito, previsto no artigo 6º, § 2º, da Constituição, para revisar atos do Congresso e, se eles forem entendidos como contrários a Constituição, para declará-los nulos. De fato: “*Rule of Law – The Supreme Court has the power, implied from Article VI, § 2º of the Constitution, to review acts of Congress and if they are found repugnant to the Constitution, to declare them void*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 2).

¹⁷ A decisão do caso foi a de que certos poderes federais que dão ao Congresso a discricionariedade e o poder para escolher e aprovar os meios para desempenhar deveres impostos sobre ele são decorrentes da cláusula necessária e adequada. A Constituição Federal e as leis feitas de acordo com ela são supremas e controlam as Constituições e as leis dos estados. De fato: “*Rule of Law – (1) Certain federal powers giving Congress the discretion and power to choose and enact the means to perform the duties imposed upon it are implied from the Necessary and Proper Clause. (2) The federal Constitution and the laws made pursuant to it are supreme and control the constitutions and the laws of the states*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 5).

¹⁸ *Vide*, sobre “*cognitive miser*”, Susan Fiske e Shelley Taylor, in **Social cognition**. 2. ed. New York: McGraw-Hill, 1991.

derrotada justifiquem individualmente as suas crenças, que persistirão objeto de debate, senão mais jurídico em sentido estrito, político e cultural.

Quando um *justice* publica o dissenso, para que este fique consignado para a “história”, ele o faz com a presumida expectativa de que, algum dia, os atores do processo político modificarão o entendimento dominante e, assim, os *justices*, em composições futuras, compartilharão sua leitura constitucional.¹⁹

Claro, os votos dissidentes guardam vinculação (longe de inelutável) com o contexto em que os *justices* foram nomeados para a Suprema Corte, seja por um presidente democrata, seja por um republicano. Mais: uma depressão econômica (como o *Crash* de 1929 ou a crise de 2008),²⁰ uma guerra popular ou impopular, intensas migrações demográficas ou fatores dessa ordem costumam influenciar politicamente nas decisões.

Exemplo de enraizamento político nas decisões da Suprema Corte foi a plataforma do Partido Republicano, que, já em 1860, tratava a escravatura como heresia política, em face da vergonhosa decisão no caso Dred Scott. Outro exemplo foi a campanha de Richard Nixon para a Presidência da República, com o jargão *Law and Order*, cujas prometidas nomeações de *justices* para a Suprema Corte teriam o objetivo de reverter os precedentes criados pela Court Warren, que acolhiam normas liberais e garantistas em matéria criminal.

Por sua vez, os democratas, nos anos 90, tentaram ostensivamente atrair os votos dos eleitores, afirmando que, se os candidatos republicanos fossem eleitos, seriam nomeados para a Suprema Corte *justices* que substituiriam o decidido no caso *Roe v. Wade*.²¹

Em outras palavras, a muitas vezes negada relação entre política e decisões da Suprema Corte revela-se insofismável. Nessa medida, como

¹⁹ Para Tushnet, “(...) if you wrote your dissent for history, your assumption is that someday the players will change – that is, that there will be new justices on the Supreme Court who might share your constitutional vision” (TUSHNET, Mark. **I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases**. Boston: Beacon, 2008. p. XVII).

²⁰ Sobre a comparação entre a grande depressão e a crise de 2008, ver necessariamente: KRUGMAN, Paul. **The return of depression economics**. London: Penguin, 2008. No mesmo sentido, na defesa de uma regulamentação racional do mercado para que se evitem as falhas do capitalismo, ver: POESNER, Richard. **A failure of capitalism: the crisis of 08 and the descent into depression**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. E, também, mais recentemente: POESNER, Richard. **The crisis of capitalism democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

²¹ Ver: TUSHNET, Mark. **I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases**. Boston: Beacon, 2008. p. XVII- XVIII.

é indubitável que o dissenso é importante para o aperfeiçoamento do jogo político e para a diminuição de riscos e vieses associados à tomada das decisões, no âmbito da Suprema Corte não se verifica exceção. A Suprema Corte, na chamada Corte Roberts, encontra-se dividida, com cinco juízes conservadores (nomeados por presidentes republicanos) e quatro juízes liberais (nomeados por presidentes democratas). Consta-se viés conservador nas decisões da Corte, todavia isso não significa que haja completa previsibilidade dos julgados.²²

Sem dúvida, o dissenso pode causar imprevisibilidade, conquanto tenha o mérito inegável de mitigar a polarização. Uma das razões para a assertiva é que juízes que pensam de igual modo apresentam a tendência de tomar decisões extremadas em órgãos colegiados.²³ Como refere Sunstein, o sólido debate entre juízes é crucial para assegurar que os argumentos sistemáticos (textuais e consequenciais) encontrem contra-argumentos razoáveis. Os juízes, onde o dissenso é aceito, tendem a levar em conta não apenas a visão dos seus colegas, mas a da sociedade como um todo. É que a voz da sociedade ecoa no voto descoincidente, algo que pode trazer informações relevantes para os juízes, que, inevitavelmente, se preocupam com a sua própria reputação.²⁴ A possibilidade do dissenso enseja, portanto, novas angulações do enquadramento²⁵ e garante vitalidade democrática aos tribunais.

De fato, está demonstrado estatisticamente que a possibilidade de dissenso tende a produzir decisões mais ponderadas nos órgãos colegiados do Poder Judiciário americano. Nas cortes federais, por exemplo, compostas de três membros por painel de julgamento, esse fenômeno pode ser comprovado. Quando as decisões são tomadas por painéis compostos apenas por democratas ou só por republicanos, existe boa chance de as decisões serem extremadas no sentido de posições ora liberais, ora conservadoras, muito mais radicais do que o seriam se os juízes decidissem a causa sozinhos. É que três magistrados, ao pensarem em unísono (liberais ou conservadores), sofrem a propensão de radicalizar se não receberem o contraponto de visão

²² Sobre a divisão atual da Suprema Corte, Corte Roberts, e sua tendência conservadora, ver TUSHNET, Mark. **In the balance: Law and Politics on the Roberts Court**. New York: W.W. Norton, 2013.

²³ SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 212.

²⁴ SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 168.

²⁵ Vide Amos Tversky e Daniel Kahneman *in* The framing of decisions and the psychology of choice. **Science**, v. 211, p. 453-458, 1981.

divergente.

Nessa lógica, em painéis compostos por juízes republicanos, existe forte inclinação de que sejam adotadas decisões mais extremadas²⁶ no sentido da vedação de ações afirmativas, da negação de pleitos que envolvam discriminação sexual, da menor regulação sobre a poluição ambiental, da desregulamentação dos mercados e da proibição do aborto. Contudo, se o painel for apenas de democratas, a tendência será de que o entendimento sobre tais matérias seja invertido e assuma posições extremadas no sentido oposto. Ou seja, havendo painéis que mesclam juízes republicanos e democratas, as decisões tendem a ser mais ponderadas em virtude do tempero das cosmovisões distintas sobre o direito e a sociedade,²⁷ salvo se a técnica do confronto erístico, em vez do argumento persuasivo, acirrar ainda mais os ânimos.

Logo, ao menos à primeira vista, no atual estágio, os dissensos são mecanismos valiosos para evitar polarizações e efeitos cascata negativos, os quais, por ausência de contraste dialético, levam às decisões equivocadas,²⁸ desmedidas e unilaterais. Com acerto, refere Sunstein que as sociedades funcionam melhor se tomarem medidas para desencorajar o conformismo e promover o dissenso, via proteção dos direitos daqueles que expõem posição divergente.²⁹

Mais: é manifesta a ligação entre a confiança excessiva e o extremismo. Pessoas confiantes em excesso são mais predispostas às polarizações de opinião.³⁰ Os juízes não fogem a essa regra quando deliberam em órgão colegiado avesso ao dissenso.

²⁶ Como refere Sunstein, “a tendência ideológica dos juízes tende a ser amplificada se uma juíza compõe um painel com outros juízes do mesmo partido político. Por exemplo, um juiz republicano deveria ser mais tendente a votar em um estilo estereótipo mais conservador se acompanhado por dois republicanos”. Neste sentido: *“A judge’s ideological tendency is likely to be amplified if she is sitting with two judges from the same political party. For example, a Republican Judge should be more likely to vote in a stereotypically conservative fashion if accompanied by two Republicans”* (SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 168).

²⁷ Ver, sobre o tema: SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 168. E, também, POESNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

²⁸ Nesse sentido, ver SUNSTEIN, Cass. **Going to extremes: how like minds unite and divide**. New York: Oxford University Press, 2009.

²⁹ SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 213.

³⁰ Como refere Sunstein, *“(...) because of the link between confidence and extremism, the confidence of particular members also plays an important role; confident people are more prone to polarization”* (SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 129).

A Suprema Corte, influenciada por inevitáveis *biases*, aplica o direito levando em conta o texto da Constituição, princípios, valores, razões históricas, contextos econômicos, sociais e sensivelmente políticos, haja vista a sua origem. Negar esse fato seria escamotear evidências históricas e debilitaria uma reflexão crítica sobre a hermenêutica constitucional que não se resume a dogmas e cânones impotentes para superar assuntos difíceis que desafiam os olhares ortodoxos.

2 Exame de dissensos na Suprema Corte norte-americana

Determinados votos vencidos na Suprema Corte já podem ser avaliados com relativa segurança pela doutrina e pela sociedade, não apenas americana, mas de todo o mundo. Nesses casos, ao que tudo indica, existe distanciamento histórico suficiente que permita apreciação razoavelmente precisa da motivação e dos efeitos diretos e indiretos da decisão tomada.

Nessa linha, a escolha recairá sobre rumorosos votos vencidos nos casos *Dred Scott v. Sanford*, *Plessy v. Ferguson* e *Lochner v. New York*, muito embora dezenas de outros dissensos, em casos relevantes, fossem dignos de reflexão, em face do contributo à formação plural do constitucionalismo norte-americano.

2.1 Dred Scott v. Sanford (1857)³¹

Dred Scott considerava-se um homem livre, pois o seu antigo “proprietário”, John Emerson, cirurgião militar, o havia levado do Estado do Missouri, localidade em que a escravidão era permitida, para o Illinois, onde a escravidão era vedada. Passados alguns anos, Dred Scott, após passar por vários estados onde a escravidão havia sido banida, retornou ao Missouri e requereu sua liberdade perante a justiça local em processo ajuizado contra a viúva de John Emerson. Venceu a demanda, no primeiro grau, em 1850.

Todavia, a Corte do Estado do Missouri substituiu a decisão, em grau de recurso, alegando que Dred Scott havia retornado voluntariamente para o estado. Após novo casamento da então viúva de Emerson, a “propriedade” de Scott passou ao irmão desta, John Sanford, que residia em Nova York.

Dred Scott, desta vez, processou Sanford requerendo a sua liberdade em corte federal, em virtude da diversidade de jurisdição (o autor e o réu eram de diferentes estados), tendo sido o caso decidido, em 1854, contra a pretensão de Scott. Compreensivelmente inconformado, Scott levou a questão à Suprema Corte, que conheceu o recurso e o julgou. A lamentável maioria dos membros da Corte entendeu que o fato de Scott ter vivido em

³¹ *Scott v. Sandford*, 60 U.S. [19 How] 393 [1857].

estado no qual não se admitia a escravatura não o tornava um homem livre e, sendo negro, não teria sequer o direito de propor uma ação judicial. A Corte acolheu o argumento da defesa de que o proprietário de escravos não poderia ser privado de sua propriedade, “o escravo”, sem o devido processo legal. Os votos da maioria foram capitaneados pelo voto condutor do *Justice* James Wayne, que considerou não ter o Congresso o poder de proibir a escravatura nos territórios e de privar os donos dos escravos da propriedade destes quando mudassem de estado, sem o devido processo legal.³²

O *Justice* Curtis dissentiu, suscitando o debate sobre questões como raça, igualdade, federalismo, o papel do Judiciário e, em especial, características básicas da política americana. O voto de Curtis pode ser criticado no ponto em que sustenta a autoridade dos estados para qualificar quem são os seus cidadãos, mas é correto quando insiste que a visão da sociedade americana era fundamentalmente igualitária. Nesse aspecto, bem referiu que a raça não era uma qualificação de cidadania, segundo a Constituição.

Em resposta ao *Justice* Taney (pró-escravatura), que entendia que os negros não podiam votar porque não teriam a qualificação de eleitores em alguns estados, Curtis fez constar no voto dissidente a sua irrisignação com essa posição supostamente “intencionalista” e, com base em evidências históricas, observou que, quando da promulgação da Constituição, em 1787, cinco das treze colônias já reconheciam os negros como cidadãos. Os negros desses estados, de fato, ratificaram a Constituição como cidadãos e, desse modo, restava rechaçado o frágil argumento de que seriam incapazes de autodeterminação.

Ainda em resposta à afirmação do *Justice* Taney, no sentido da ausência de cidadania pela incapacidade de votar dos negros em determinados estados, o *Justice* Curtis referiu que o conceito de cidadania era mais amplo do que o simples exercício do voto e, mais ainda, a ausência desse direito não seria determinante para a definição do cidadão. Outra nota significativa do dissenso do *Justice* Curtis foi o reconhecimento da competência do Judiciário Federal para reforçar e reconhecer direitos civis.

No centro do debate, estava uma das grandes causas da Guerra

³² Segundo Mark Tushnet, o caso *Dred Scott v. Sanford* é usualmente citado como a primeira decisão que utilizou a cláusula do devido processo como justificativa para negar os poderes do governo para regular a propriedade e a liberdade. Nesse sentido, o devido processo substantivo floresceu no início do século 20 como uma proteção ao direito de propriedade, mas esteve desacreditado até o final do século 20, quando ele retornou como um veículo para a proteção da privacidade e da autonomia individual (TUSHNET, Mark. **I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases.** Boston: Beacon, 2008. p. 42).

Civil,³³ sobre a qual o *Justice* Curtis manifestou-se, opondo-se à posição do *Justice* Taney, no sentido de que o Congresso não teria poderes para banir a escravidão dos territórios e o direito de propriedade sobre os escravos. O voto dissidente reconheceu a prevalência dos poderes da legislatura nacional sobre as estaduais.

A visão exposta no voto dissidente estava impregnada da mistura entre a discricção legislativa e o escrutínio judicial mínimo. No entanto, o voto foi relevante e, por certo, auxiliou o fomento da luta antiescravagista. Apesar disso, não enfrentou de maneira direta questões nevrálgicas que poderiam ser ventiladas com maior robustez, tais como os direitos de igualdade e liberdade de todos os seres humanos, sem distinção.

A tentativa de convencer a posição majoritária, exposta no voto dissidente, é marcada por evidentes subterfúgios e não foi clara em defender a autodeterminação e a isonomia características da liberdade. Como atenuante, teve o mérito de se levantar contra a engrenagem social da época, tendo presente que vários dos *Framers*, incluindo abolicionistas, eram proprietários de escravos, como Thomas Jefferson.³⁴ Como quer que seja, uma afronta mais dura aos argumentos majoritários dos *justices* **poderia ter ocorrido**, embora com escassa chance de convencimento, à vista da maioria obscurantista que dominava a Corte.

No Tribunal da História, a decisão da maioria foi extremamente criticada e tornou-se um dos principais alvos de Abraham Lincoln, em sua campanha presidencial, no discurso da Casa Dividida, em 1858.³⁵ Posteriormente à guerra civil entre o norte e o sul, o Congresso aprovou a 13ª Emenda, que aboliu a escravidão, no ano de 1865, e a 14ª Emenda, que outorgou cidadania aos antigos escravos, no ano de 1868.

Eis exemplo de decisão majoritária infame, que envergonha a maioria do povo americano e mancha a história da Suprema Corte. Poderia ter sido evitada, como prova o voto vencido, que afasta a tese dos fatalistas retrospectivos. A decisão foi o resultado do viés do “*status quo*” iníquo e lesivo à “*Rule of Law*”, revelando o fracasso do estrito construcionismo, visto que o seu “fundamento” alicerçou-se em uma pretensa intenção dos

³³ Para a consulta de uma das melhores obras recentes sobre a história da Guerra Civil americana, ver: McCULLOUGH, David. **1776**. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2005.

³⁴ Sobre a vida de Thomas Jefferson, ver MEACHAN, Jon. **Thomas Jefferson: the art of power**. New York: Random House, 2012.

³⁵ LINCOLN, Abraham. **House divided address**. Chicago: Illinois State Historical Society, 1957. Ver também: LINCOLN, Abraham. **Collected works of Abraham Lincoln**. New Brunswick: Rutgers University Press, 1953. v. 1.

Framers.

É instigante a reflexão de Tushnet quando, ao mesmo tempo em que admite a pouca relevância do caso no cotejo com os efeitos da Guerra Civil e das 13ª e 14ª Emendas, suscita o questionamento contrafactual sobre se a Guerra Civil, trágica como todas as guerras, teria ocorrido se a posição dissidente do *Justice* Curtis tivesse prevalecido.³⁶

Impossível saber a resposta exata. Entretanto, é viável imaginar que a guerra poderia ter sido evitada se outra fosse a decisão da Suprema Corte, embora seja certo que a irresignação diante da maioria dos juízes auxiliou Lincoln na sua defesa do abolicionismo, nos célebres debates contra Stephen Douglas na corrida presidencial.

Ainda que se possam fazer críticas pontuais à timidez do *Justice* Curtis, é inegável que esse julgador entrou positivamente para a história, por ter tido a coragem e a lucidez de dissentir e não se deixar contagiar pela maioria racista, arbitrária e insensível que optou pela escravatura, chaga até hoje não cicatrizada na sociedade norte-americana (e não só nela).

2.2 Plessy v. Ferguson (1896)³⁷

Mesmo após a abolição da escravatura nos Estados Unidos, com a 13ª Emenda e com a 14ª Emenda, que outorgou cidadania aos ex-escravos, os direitos humanos dos negros continuaram violados, com complacência jurisprudencial, em face da interpretação conferida à cláusula da *equal protection*, à vista da bárbara segregação dos negros prevista em leis de diversos estados. No ano de 1890, o Poder Legislativo da Louisiana aprovou lei determinando que brancos e negros ocupassem vagões separados, mas iguais, nos trens.

Essa medida desagradou aos proprietários dos trens, pelo aumento do custo na operação, e, claro, os afro-americanos de Louisiana. Um grupo, em New Orleans, resolveu impugnar a constitucionalidade do estatuto em juízo. Como autor, o escolhido foi Plessy, que era 7/8 caucasiano (bisneto de um negro) e possuía a cor da pele branca. Ainda assim, pela tez amorenada, tinha sido impedido de sentar em um assento de vagão reservado apenas

³⁶ Afirmou Tushnet que *“the effects of the Civil War and the Thirteenth and Fourteenth Amendments made the Dred Scott case seem irrelevant for many years, and the decision remains the one Supreme Court decision that only a handful of scholars attempt to defend. In one sense, then, the most interesting question about the decision is this: would the Civil War have occurred – when it did, earlier, later – had Justice Curtis’s position prevailed?”* (TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 42).

³⁷ *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 [1896].

para brancos e preso por resistência à ordem de sair do trem. Plessy foi condenado, pois a cláusula da *equal protection* permitiria, segundo interpretação esdrúxula da Corte Estadual, a segregação racial.

Plessy foi representado em juízo pelo famoso advogado, escritor e diplomata Albion Tourgee.³⁸ Este alegou que a segregação estigmatizava “pessoas de cor” e as colocava sob o prisma da inferioridade. Também invocou a violação das 13ª e 14ª Emendas da Constituição. A Suprema Corte, apesar desses argumentos irrespondíveis, entendeu que Plessy não tinha razão e que a lei estadual previa razoável poder de polícia do estado baseado nos costumes locais.

O *Justice Brown*, autor do voto condutor, alegou que a segregação era razoável desde que baseada “em costumes, usos e tradições das pessoas dos estados, com uma visão de manutenção do seu conforto, e serviria para preservar a ordem e a paz pública”.³⁹ Assinalou – de modo bizarro, segundo o Tribunal da História – que aquela lei não seria derivativo da escravatura e que a 13ª e a 14ª Emendas não haviam sido violadas. Referiu que a separação das raças não seria característica da inferioridade e da servidão dos negros, como referido por Plessy, nas suas alegações perante a Suprema Corte.⁴⁰ Para o referido *justice*, o objeto da 14ª Emenda foi o de reconhecer a absoluta igualdade de raças perante a lei, mas, de acordo com a “natureza das coisas”, não poderia ter sido a intenção do Congresso abolir as distinções baseadas na cor.

A maioria da Suprema Corte, nessa toada irracionalista, entendeu que a 14ª Emenda protegia apenas direitos civis, e não “direitos sociais”. Os “direitos civis” incluíam o de o proprietário formalizar contratos, e, por outro lado, os “direitos sociais” seriam reconhecidos apenas como direitos de associação. Nessa perspectiva enviesada e hoje tida como grotesca, a lei de Louisiana não impediria o direito de Plessy formalizar contrato com a empresa de trem para comprar um *ticket* de passagem, contudo os vagões, iguais, deveriam ser separados entre as raças (*equal but separate*) para ocupação e uso.

³⁸ TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 69.

³⁹ “*In determining the question of reasonable-ness, [the legislature] is at liberty to act with reference to the promotion of their comfort, and the preservation of the public peace and good order*” (GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 671).

⁴⁰ GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 673.

A infame posição majoritária defendeu que uma legislação não poderia erradicar o preconceito nem poderia anular instintos humanos. Ou seja, a maioria firmou o entendimento anticientífico e conservador de que, se “uma raça é inferior a outra socialmente, a Constituição dos Estados Unidos não pode colocá-las no mesmo plano”.⁴¹

No entanto, o *Justice Harlan* dissentiu. Ponderou que a lei estadual segregacionista interferia, sim, como era evidente, na liberdade dos indivíduos de se associarem livremente. Para o prolator do voto dissidente, todos os cidadãos deveriam ser tratados igualmente. Como cidadãos, os negros deveriam ter todas as prerrogativas e todos os direitos previstos na Constituição, e a segregação seria inadmissível opressão sobre tais prerrogativas e liberdades.⁴² Para o *Justice Harlan*, com senso correto dos deveres de universalização, nos Estados Unidos “não existe uma classe dominante ou de cidadãos superiores. Não existem castas aqui. Nossa Constituição é cega em relação à cor, e não conhece nem tolera classes entre cidadãos”.⁴³

Enfatizou corretamente que os destinos estão indissociavelmente ligados e que os interesses de todos, brancos e negros, exigem governo comum que não deve permitir que o ódio racial seja alimentado pela sanção de uma lei (no caso a lei segregacionista).⁴⁴ Para o *Justice Harlan*, a condenação de Plessy deveria ser revertida, e a lei do Estado da Louisiana, anulada.

Harlan foi profético, durante o julgamento, ao alertar para as externalidades nocivas daquela decisão majoritária. De fato, após a teratológica decisão, várias leis locais permitiram a segregação dos negros, com amparo na doutrina sofisticada e falaciosa do “*equal but separate*”, em escolas, restaurantes, banheiros, transportes públicos e hotéis. Insistente no erro, a Suprema Corte continuou permitindo a segregação nos casos

⁴¹ “*Laws are powerless to eradicate racial instincts... If one race be inferior to the other socially, the Constitution of the United States cannot put them upon the same plane*” (Plessy v. Ferguson – 1896).

⁴² Ver STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 53.

⁴³ “*But in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens*” (GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 671).

⁴⁴ “*The destinies of the two races [are] indissolubly linked together, and the interests of both require that common government of all shall not permit the seeds of race hate to be planted under the sanction of law*” (GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 673).

Berea College v. Kentucky (1908), Corrigan v. Buckley (1926) e Gong Lum v. Rice (1927).⁴⁵ Tushnet observa, com propriedade, que a decisão da Corte, em Plessy, incentivou várias legislações e medidas segregacionistas no sul, notadamente em relação às escolas.⁴⁶

Paradoxalmente, a declaração do *Justice Harlan* de que “a Constituição é cega quanto à cor” tem sido utilizada, nos Estados Unidos, para alegar a inconstitucionalidade de leis que estabelecem programas de ações afirmativas com base na raça. Trata-se de distorção, uma vez que a pretensão do *Justice Harlan* era bem outra: defender a igualação. Ora, nada impede que uma ação afirmativa desempenhe papel igualador, ainda que transitória. Quer dizer, o *Justice Harlan* estava preocupado com leis que considerassem uma raça dominante sobre as outras ou que reconhecessem uma raça como inferior.⁴⁷

Como adverte Tushnet, “como todas as grandes opiniões, a do *Justice Harlan* está aberta a interpretações, e o seu significado depende do que os seus últimos leitores querem fazer com ela”.⁴⁸ Mas este foi um voto vencido de legado superavitário. Nada obstante, embora para o *Justice Harlan* a Constituição fosse cega para as cores (“*color-blind*”), ele dificilmente o seria para outros preconceitos de sua época. De fato, no seu voto, manifestou preocupação com o fato de que os “chineses” residentes nos Estados Unidos pudessem entrar nos carros reservados para os brancos, enquanto afro-americanos, que eram cidadãos dos Estados Unidos, estavam proibidos. No sentido do asseverado por Tushnet, não é difícil notar traços de segregacionismo no fato de que o próprio *Justice Harlan* esperava que a raça branca permanecesse dominante no país, embora não legalmente.⁴⁹

Hoje, a visão dos direitos civis é mais robusta: a *Rule of Law* tem

⁴⁵ WEDY, Gabriel. Tinga e a intolerância globalizada. **Zero Hora**, Porto Alegre, p. 15, 9 abr. 2014.

⁴⁶ TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 78.

⁴⁷ Para Tushnet: “*There is no caste here, and other phrases in the opinion suggest that Justice Harlan was concerned about laws that made one race dominant over others or that assumed that one race was inferior and degraded – characterizations that can be applied only with some difficulty to affirmative action’s programs*” (TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 79).

⁴⁸ Segundo Tushnet: “*Like all great opinions, Justice Harlan’s is open to interpretation, its meaning depending on what later readers want to make of it*” (TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 79).

⁴⁹ Refere Tushnet que “*it is not hard to feel some racism in that concern. And Justice Harlan expected ‘the white race’ to remain dominant in the country – socially, but not legally*” (TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 79-80).

de garantir aos direitos civis exercício e pleno gozo, como uma condição fundamental. Não há dúvida de que o voto dissidente do *Justice Harlan*, em que pesem fragilidades pontuais, foi de grande importância para fomentar o debate público sobre a perversa segregação que privou os negros de compartilharem locais públicos e privados com os brancos, em menoscabo à igualdade e à dignidade. O voto anteviu e serviu de esteio para o célebre julgamento de *Brown v. Board of Education*, que, em 1954, reputou inconstitucional a segregação nas escolas públicas nos Estados Unidos.

Aliás, quando o caso *Brown* foi julgado, a situação era irreversível para a Suprema Corte norte-americana, uma vez que os julgamentos nos casos *McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway* (1914), *Gaines v. Canada* (1938), *Sweat v. Painter* (1950) e *MacLaurin v. Oklahoma State Regents*, decidido no mesmo dia do caso *Sweat*, já haviam minado a interpretação do *equal but separate*.

No caso *McCabe*, a Corte entendeu inconstitucional a lei do Estado de Oklahoma que desobrigava as empresas exploradoras das vias férreas de oferecerem instalações como cabines de dormir, sala de jantar e cadeiras individuais para os vagões dos negros, ainda que oferecessem essas vantagens para os brancos. O argumento do Estado de Oklahoma foi de que havia pouca demanda dos negros para viagens de trem.⁵⁰

Em *Gaines*, após a NAACP (National Association for Advancement of Colored People) ter iniciado uma campanha contra as leis segregacionistas (*Jim Crow Laws*), a Suprema Corte decidiu ser inconstitucional lei do Estado do Missouri que permitia ao estado matricular os negros, com o fornecimento de *voucher*, em universidades de estados vizinhos e não segregadas. Esse julgamento ocorreu pelo fato de ter sido negada, a um afro-americano, a admissão na Faculdade de Direito da Universidade do Missouri, destinada apenas para brancos, isso porque a universidade destinada aos negros no estado, *Lincoln University*, não tinha faculdade de direito para os afro-americanos. A Suprema Corte entendeu que referida lei violava a cláusula do *equal but separate*.⁵¹

⁵⁰ Segundo Strauss: “*In McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway, decided in 1914, the Court dealt with an Oklahoma law requiring separate-but-equal railroad facilities. This law, however, said, that a railroad could have sleeping, dining, and chair cars for whites even if it did not have those kinds of cars for blacks. The state defended the law by arguing that there was essentially no demand from blacks for those facilities. The Court rejected the state’s argument and struck down the law*” (STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 86).

⁵¹ Como refere Strauss: “*In Missouri ex rel. Gaines v. Canada, an African American student was denied admission to the all-white University of Missouri Law School. Missouri operated an*

No caso Sweatt, a Suprema Corte decidiu que a Faculdade de Direito que o Estado do Texas tinha disponibilizado para os negros não era igual à Texas Law School, frequentada apenas por brancos.⁵²

O caso McLaurin talvez tenha sido o mais emblemático e decisivo para o fim do *equal but separate*, pois foi decidido que essa regra, emanada de Plessy e criticada pelo Justice Harlan, não bastava. George McLaurin foi admitido em uma universidade apenas para brancos, todavia tinha um lugar especial na sala de aula, deveria sentar sozinho na cafeteria e tinha uma mesa especial na biblioteca. A Corte entendeu que essas condições eram “prejudiciais à capacidade de estudo de McLaurin e ao seu engajamento nos debates e à troca de visões com outros estudantes e, em geral, para a sua formação profissional”.⁵³

Esses casos foram minando as leis segregacionistas, que, no início, tiveram a enfrentá-las a voz dissidente e quase solitária do Justice Harlan. Contudo, mesmo após a decisão do caso Brown, vários estados do sul dos Estados Unidos continuaram a desafiar a decisão até a aprovação do Civil Rights Act of 1964,⁵⁴ que foi uma referência no plano legislativo em defesa dos direitos civis, por haver declarado de modo expresso a ilegalidade de qualquer discriminação baseada em raça, cor, religião, sexo ou origem nacional.

Como bem observado por Ackerman, na recente obra que completa sua trilogia, **We the People**, inicialmente com o Civil Rights Act of 1964, os americanos começaram a resolver uma década de debates provocados por Brown para dar a ele apoio sustentado por uma legislação de referência que repetidamente reafirmou os princípios de Warren. E, nesse exemplo-chave, o esforço para redefinir o rumo interpretativo constitucional e incluir estatutos de referência teve a paradoxal consequência de exigir que os

*all-black state university, Lincoln University, that did not have a law school. Instead, Missouri law authorized state officials to arrange for blacks to attend law school in neighboring states and to pay their tuition. The Court rule that this voucher scheme not satisfy separate but equal” (STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 87).*

⁵² Segundo Strauss: “*In Sweatt v. Painter, the Court held that a law school that Texas had established for African Americans was not equal to the University of Texas Law School... The newly established school could not possibly match the University of Texas in those respects” (STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 89).*

⁵³ Assinala Strauss: “*The Court explained that these conditions harmed McLaurin’s ability to study, to engage in discussions and exchange views with other students, and, in general, to learn his profession” (STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 89-90).*

⁵⁴ Pub.L. 88-352, 78 Stat. 241, enacted July 2, 1964.

advogados/operadores do direito levassem a Suprema Corte mais a sério e tratassem o caso Brown pelo que ele foi: a maior decisão judicial do século XX.⁵⁵

É de reiterar que o *Justice* Harlan teve importante papel nesse processo de consolidação da defesa dos direitos civis, a despeito das críticas que se possam fazer à mencionada timidez dos argumentos utilizados naquele momento histórico.

2.3 *Lochner v. New York* (1905)⁵⁶

Posteriormente à Guerra da Secessão, os efeitos da revolução industrial atingiram os Estados Unidos de modo intenso. Espalharam-se pelo país grandes e pequenas indústrias e negócios privados de todo o tipo, gerando crescimento econômico e aumentando as populações nas grandes cidades.

Incrementaram-se as relações contratuais entre empregadores e empregados, baseadas na lei da oferta e da procura, seguindo a teoria econômica do *laissez-passer* e do *laissez-faire* vigente na época. Os trabalhadores passaram a se sindicalizar para aumentar o seu poder de barganha em favor de melhores salários e condições laborais, inclusive limitação na jornada de trabalho.

Nesse cenário, o Estado de Nova York aprovou lei limitando a jornada dos padeiros em dez horas por dia e sessenta horas por semana com a finalidade de proteger a saúde dos empregados. As grandes padarias não foram tão afetadas com a lei das dez horas, todavia as pequenas padarias, sem muitos recursos, sentiram-se afetadas.

Joseph Lochner, proprietário de pequena padaria em Utica, Nova York, descumpriu a lei “das dez horas” e sofreu multa de US\$ 50,00, prevista na legislação do estado. Irresignado, contratou, ironicamente, um ex-líder sindical dos padeiros, Henry Weissmann, que, nessas alturas, possuía a sua própria padaria, para impugnar em juízo a legislação.

A Suprema Corte dos Estados Unidos acolheu por cinco a quatro o pedido de Lochner. Segundo o *Justice* Rufus Peckham, prolator do voto condutor, não seria justo e razoável o exercício do poder de polícia do estado.

⁵⁵ Para Ackerman: “*Beginning with the Civil Rights Act of 1964, Americans began to resolve the decade of debate provoked by Brown by giving their sustained support to landmark legislation that repeatedly reaffirmed Warren’s principles. In this key instance, the effort to redefine the constitutional canon to include landmark statutes has the paradoxical consequence of requiring lawyers to take the Supreme Court more seriously and treat Brown for what it was: the greatest judicial opinion to the twentieth century*” (ACKERMAN, Bruce. **We the people: the Civil Rights Revolution**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2014. v. 3. p. 317).

⁵⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

E, ao contrário, referiu que seria interferência desnecessária na liberdade do indivíduo para avençar contratos de trabalho que pudessem ser apropriados para o sustento seu e de suas famílias.⁵⁷

A Corte afastou a alegação de que uma jornada com mais de dez horas pudesse ter alguma conexão e causar prejuízos à vida e à saúde dos trabalhadores. A maioria dos *justices* rejeitou o argumento de que as longas jornadas de trabalho, superiores a dez horas, colocariam em risco a higiene e a qualidade dos pães e, por extensão, a segurança dos consumidores. O *Justice* Peckham afirmou “que os empregados não eram mais explorados que outros trabalhadores, nem eram os padeiros uma classe desigual em inteligência e capacidade do que os homens dos outros comércios”. Os padeiros “poderiam reivindicar os seus direitos e zelar, eles próprios, por estes na barganha com os seus empregadores”,⁵⁸ sem a necessidade de regulação estatal. O direito de contratar restou garantido como parte da liberdade do indivíduo tutelada pela 14ª Emenda. E o direito de comprar ou vender a força de trabalho foi reconhecido como parte da liberdade protegida pela referida emenda.⁵⁹ Referiu o *justice*, ainda, que a 14ª Emenda limitava o poder de polícia dos estados.⁶⁰

A inclemente posição majoritária foi no sentido de que não existia relação direta entre a limitação da jornada de trabalho e a saúde dos empregados que pudesse justificar uma regulação do Estado de Nova York por via legislativa. A crítica à lei formulada pela maioria foi de que o real objetivo e propósito desta foi regular as horas de trabalho entre empregadores e empregados, em negócio privado, não perigoso para a moral ou para a saúde dos empregados. Nessas circunstâncias, a liberdade de empregador e empregado ajustarem a relação de emprego não poderia sofrer intervenção

⁵⁷ Ver TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 83.

⁵⁸ Para o *Justice* Peckham: “*Bakery employees were no more exploited than any other workers, nor were bakers as a class [un]equal in intelligence and capacity to men in other trades. They could assert their rights and care for themselves in their bargaining with their employers*”. Ver TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 83.

⁵⁹ Como afirmado pelo *Justice* Peckham: “*The general right to make a contract in relation to one’s business is part of the liberty of the individual protected by the Fourteenth Amendment. The right to purchase or sell labor is part of the liberty protected by this amendment*” (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 76).

⁶⁰ Ver: STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law**: keyed to courses using. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 76.

sem violar a Constituição.⁶¹

Em boa hora, os *Justices* Harlan, White e Day dissentiram no sentido de que a liberdade de contratar não poderia ser violada, contudo estaria, sim, sujeita a uma política de regulação razoável. A intenção da lei aprovada, para os dissidentes, foi a de proteger o bem-estar daqueles que trabalham nas padarias.⁶² Citaram o festejado tratado do Professor Hirt intitulado **Doenças dos trabalhadores**, que descrevia os efeitos nefastos do trabalho dos padeiros sobre a saúde, dado que realizavam grande esforço físico, em locais superaquecidos, por longas horas, labutando grande parte do tempo durante a noite para atender à demanda do público.⁶³ Constou nos votos dos *justices*, embasados em referências médicas, que a continuada inalação de poeira causava inflamação nos pulmões e nos brônquios, afetando também os olhos dos padeiros. Tal trabalho extenuante causava reumatismo, câimbras e fraqueza nas pernas. Os padeiros ficavam com o rosto pálido, a saúde debilitada, decorrente de seu modo irregular e pouco natural de vida, privados do sono reparador. A média da expectativa de vida dos padeiros era menor do que a dos demais trabalhadores, não atingindo, em sua maioria, os cinquenta anos de idade.⁶⁴ Para os três dissidentes, a decisão deveria levar em consideração o poder inerente dos estados para zelar pela vida, pela saúde e pelo bem-estar dos seus cidadãos.⁶⁵

O *Justice* Holmes foi o quarto a dissentir, só que por outros fundamentos. Referiu que o caso estava sendo decidido pela maioria com base em teoria econômica (*laissez-faire, laissez-passer*) que grande parte do país não aprovava. Aduziu que a Suprema Corte já havia reconhecido como constitucional a regulação em vários casos, como na lei de usura, na

⁶¹ GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 463.

⁶² GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 463.

⁶³ Segundo os *Justices* Harlan, White e Day, "*Professor Hirt in his treatise on the 'Diseases of the Workers' has said: the labor of the bakers is among the hardest and most laborious imaginable, because it has to be performed under conditions injurious to the health of those engaged in it. It is hard, very hard work, not only because it requires a great deal of physical exertion in an overheated workshop and during unreasonably long hours, but more so because of the erratic demands of the public, compelling the Baker to perform the greater part of his work at night*" (GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 464).

⁶⁴ GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 464.

⁶⁵ GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 464.

lei dos domingos, na proibição de loterias, na lei de vacinação obrigatória no Estado do Massachusetts e na decisão que limitou em oito horas a jornada de trabalho nas minas.⁶⁶

Como referem Gunter e Sullivan, desde a decisão de *Lochner*, de 1905 até meados dos anos 1930, a Suprema Corte invalidou várias leis com base no *substantive due process*. Como no caso *Lochner*, as invalidações pela Corte de leis regulatórias provocaram dissensos, mais frequentemente capitaneados pelo *Justice* Holmes e, mais tarde, pelos *Justices* Brandeis, Stone e Cardoso. Durante a Era *Lochner*, cerca de duzentas leis regulatórias foram anuladas.⁶⁷

Os votos dissidentes tiveram papel de notável peso nos debates públicos que se seguiram, em especial o voto dissidente do *Justice* Holmes na decisão de *Williamson v. Lee Optical Co.*,⁶⁸ que praticamente sepultou a Era *Lochner*. O uso do (in)devido processo legal, utilizado para justificar a autonomia da vontade privada, foi afastado. Passou-se, finalmente, a exigir do legislador uma adequação entre meios e fins, atendendo ao princípio da razoabilidade.

No mencionado caso, o Estado de Oklahoma regulou, pela via legislativa, a obrigatoriedade da prescrição médica de oftalmologista ou optometrista para substituição, duplicação e instalação de lentes em novas armações. Os oculistas (não médicos) alegaram que a legislação violava o princípio do devido processo legal, pois o procedimento era mecânico. A Suprema Corte entendeu que caberia ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, ponderar as vantagens e as desvantagens da nova exigência. A Corte considerou que, em alguns casos, as orientações contidas nas prescrições médicas eram essenciais para que os óculos fossem regulados para corrigir problemas de visão e aliviar as condições oftalmológicas de forma a corrigir os defeitos particulares de visão.

Constou no voto da maioria que o legislador pode ter concluído que exames oftalmológicos eram tão importantes não apenas para a correção da visão, mas também para a detecção de males ou doenças latentes. Assim, cada mudança de armações e cada duplicação de lentes deveria ser acompanhada pela prescrição de especialista médico. O voto foi claro no sentido de que “(...) É passada a época em que esta Corte usava a cláusula do devido processo legal para anular leis estaduais, reguladoras de condições comerciais e industriais,

⁶⁶ TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon, 2008. p. 88.

⁶⁷ GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 466.

⁶⁸ *Williamson v. Lee Optical Co.* 348 U.S. 483, 75 S.Ct. 461, 99 L. Ed. 563 (1955).

porque elas eram consideradas insensatas, inoportunas ou contrárias a uma particular escola de pensamento”.⁶⁹

Não existe dúvida de que os votos dissidentes contribuíram para a mudança de jurisprudência da Suprema Corte, isto é, para que fosse admitida a regulação estatal sobre atividades econômicas. Evidentemente, as regulações devem ocorrer com proporcionalidade a ponto de atender ao interesse público genuíno, respeitadas as vedações do excesso e da inoperância. Razoabilidade, sim, manifestada pela permissão de regulação pelos estados das relações laborais entre empregados e empregadores. Esse, talvez, seja o grande legado do dissenso do caso *Lochner*, deixando expressa a defesa de regulação razoável, não inoperante e, tampouco, excessiva ou prejudicial ao dinamismo econômico.

3 Casos célebres e recentes com dissensos que serão avaliados pelas futuras gerações

Nos últimos anos, tivemos casos polêmicos julgados pela Suprema Corte norte-americana, caracterizada por uma tênue maioria conservadora. Os casos julgados podem ser avaliados mediante prognósticos de impactos das decisões e, também, dos dissensos manifestados. A escolha dos casos *Bush v. Gore*, do financiamento público de campanha e do não menos polêmico *Obamacare* não foi realizada por acaso, senão que em virtude da repercussão pública, não apenas dentro dos Estados Unidos, com argumentos contraditórios esgrimidos, de modo retoricamente contundente, pelos *justices*. Os três casos foram decididos por apenas um voto, deixando estampada a divisão da Suprema Corte entre conservadores e liberais, ainda que com fronteiras incertas.⁷⁰

3.1 Bush v. Gore⁷¹

A eleição entre Bush e Gore estava muito apertada, naquele 8 de novembro de 2000, e o candidato que ganhasse as eleições, no voto popular e direto, no Estado da Flórida, estaria eleito. A lei eleitoral da Flórida, após os resultados divulgados, exigia que se realizasse uma recontagem de votos, a menos que o candidato derrotado a dispensasse. Gore, logicamente, não aceitou a vitória de Bush e requereu a recontagem de votos na justiça local. A diferença pró-Bush, posterior à recontagem, encolheu de 1.782 para 327 votos. Somado a esse fato, as cédulas dos eleitores que votavam no exterior

⁶⁹ Ver também GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 13. ed. New York: The Foundation, 1997. p. 481-482.

⁷⁰ TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. **Uncertain Justice**. New York: Henry Holt, 2014.

⁷¹ *Bush v. Gore*. 531 U.S. 98 (2000).

ainda não haviam sido contadas.⁷²

O tema chegou ao Tribunal Estadual da Flórida, que: (i) ordenou que os resultados da recontagem de Palm Beach, juntamente com os resultados parciais da recontagem interrompida de Miami-Dade, fossem somados às totalizações dos candidatos, uma providência que diminuiu a vantagem de Bush em mais 200 votos; (ii) ordenou que todos os votos em branco, cerca de 60.000, fossem recontados à mão, inclusive o saldo dos votos em Miami-Dade; (iii) ordenou que a recontagem fosse feita por técnicos judiciários no estado, em lugar de juntas eleitorais dos condados, ou, ainda, por representantes eleitorais oficiais do estado; (iv) recusou-se a estabelecer critérios para a recuperação de votos de cédulas danificadas mais específicos do que a intenção do eleitor; e (v) recusou-se a autorizar uma recontagem de cédulas com excesso de votos, isto é, cédulas que continham votos ou marcações interpretáveis como votos para mais de um candidato para o mesmo cargo. Havia cerca de 110.000 votos em excesso no Estado da Flórida.⁷³

Bush recorreu para a Suprema Corte, que suspendeu a decisão do Tribunal da Flórida, no dia 12 de dezembro, com os votos dos *Justices* Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy e Thomas formando a maioria. Para a Suprema Corte, a recontagem de votos seria uma negação da proteção igualitária das leis. A decisão entendeu que as determinações (i), (ii), (iv) e (v) criavam diferenças no tratamento das cédulas de eleitores diferentes.

Os *Justices* Souter⁷⁴ e Breyer⁷⁵ concordaram que a ordem de recontagem levantava problemas de proteção igualitária (algo que exigia reparo), mas entenderam que o melhor seria enviar o assunto de volta para o Tribunal da Flórida para que este determinasse uma recontagem apropriada dos votos. Os *Justices* Stevens⁷⁶ e Ginsburg⁷⁷ dissentiram da maioria, porque entenderam

⁷² POESNER, Richard. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 251-273.

⁷³ POESNER, Richard. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 255.

⁷⁴ De acordo com o *Justice* Souter: *"The case should be remanded to the Florida Courts with instructions to establish uniform standards in any further recounting"*.

⁷⁵ Consta no voto do *Justice* Breyer: *"This Court should resist the temptation to resolve tangential legal disputes, where doing so threatens to determine the outcome of the election"*.

⁷⁶ Segundo o *Justice* Stevens: *"While the use of differing substandards for determining voter intent in different counties employing similar voting systems may raise serious concerns, those concerns are alleviated by the fact that a single impartial magistrate will ultimately adjudicate all objections arising from the recount process. The loser in this Presidential election is the Nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law"*.

⁷⁷ Para a *Justice* Ginsburg: *"The Court contradicts the basic principle that a State may organize itself as it sees fit. Article II does not call for the scrutiny undertaken by this Court"*.

que a ordem de recontagem não violava qualquer disposição legal.⁷⁸

Para Posner, a decisão da maioria da Corte foi acertada, porque uma recontagem poderia ter levado à eleição de Gore e gerado uma crise institucional no país. Até a nomeação de Gore estaria ameaçada, pois, dependendo do modo como a lei eleitoral fosse interpretada, o Congresso poderia ter de decidir a questão. Houve quem sugerisse o risco de caos.⁷⁹

De fato, é difícil saber o que aconteceria se a Suprema Corte devolvesse a questão para o Tribunal da Flórida e este determinasse a recontagem de votos e Gore fosse o eleito. Teria ocorrido o atentado de 11 de setembro no caso da eleição de Gore? Como ele teria reagido a este?⁸⁰ Será que a dita guerra preventiva “contra o terror” teria sido declarada, e o Iraque e o Afeganistão, invadidos? A postura de Gore teria sido mais positiva que a de Bush para enfrentar essas questões? São respostas realmente difíceis, mas parece inegável que a maioria se pautou por um consequencialismo enviesado do tipo conservador.

Em temas como o aquecimento global, Gore provavelmente teria assinado o pacto de Kyoto e promoveria uma regulação mais incisiva sobre os gases de efeito estufa nos Estados Unidos. Tratando-se de um democrata, se reeleito (partindo do pressuposto de sua eleição em 2000), provavelmente providenciaria uma regulação mais ativa do mercado, com chances de ter evitado a crise de 2008, ao menos nas proporções que tomou. Muitos acreditavam que as credenciais e as qualificações de Gore eram muito superiores às de George W. Bush, apesar de haver vozes céticas.⁸¹

Embora a decisão da Suprema Corte a favor de Bush tenha sido atacada pelos democratas, curiosamente não levou a um abalo considerável da imagem da Corte. Pelo contrário, em junho de 2000 (antes das eleições), 47% dos americanos tinham uma boa confiança na Corte. Um ano mais tarde, seis meses após o julgamento de Bush v. Gore, esse número tinha se elevado para 50%. A Suprema Corte foi mais bem avaliada do que a Presidência da República (47%) e o Congresso (26%).⁸²

⁷⁸ POESNER, Richard. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 256.

⁷⁹ POESNER, Richard. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 258.

⁸⁰ Para Poesner, vários eleitores de Gore ficaram aliviados depois dos ataques de 11 de setembro de 2001, pelo fato de que Bush, em vez de Gore, era o presidente (POESNER, Richard. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 261).

⁸¹ POESNER, Richard. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 261.

⁸² GALLUP ORGANIZATION. **Confidence in institutions**, June 8-10, 2001.

Seja como for, não por acaso, a Corte mereceu duras críticas de Dworkin, para quem, “no infame caso de 2000, *Bush v. Gore*, cinco juízes conservadores votaram em conjunto para legitimar a eleição de George W. Bush, apresentando apenas argumentos frágeis. Eles chegaram a declarar que aquela decisão não poderia ser considerada como precedente em casos futuros”.⁸³

Em suma, por ora, o que parece incontestável é que a Suprema Corte adotou visão eminentemente voluntarista em sua decisão majoritária, sopesando consequências a seu talante e deixando de lado os deveres mínimos de fundamentação jurídica consistente. Nesse caso, os dissidentes parecem ter a razão. O Tribunal da História dirá.

3.2 National Federation of Independent Business v. Sebelius, 576 U.S. (Obamacare)

A Suprema Corte decidiu, pela escassa margem de cinco votos contra quatro, pela constitucionalidade, quase que total, do Affordable Care Act do Presidente Obama. Juristas como Dworkin comemoraram a decisão:

Os Estados Unidos finalmente satisfizeram um requisito fundamental de decência política que toda e qualquer democracia madura já encontrou há muito tempo, e que uma sequência de presidentes democratas, desde Franklin D. Roosevelt até Bill Clinton, tentou e falhou em assegurar para nós. Finalmente temos um regime de provisões nacionais para assistência médica (*health care*) destinado a proteger todo cidadão que deseje ser protegido.⁸⁴

Tradicionalmente, os americanos utilizam o seguro-saúde privado para custear os tratamentos médicos, circunstância essa que não foi alterada pelo Obamacare. Essa concepção de seguridade social, como referido por Dworkin, tem sido a lógica de democracias sociais da Europa e do Canadá, e a tributação tem sido o meio tradicional – quiçá o único efetivo – de agregar tais riscos. A seguridade tem sido a lógica, nos Estados Unidos, de todos os grandes programas de bem-estar (*welfare*): seguridade social, Medicare, Medicaid, socorro federal para desastres, entre muitos outros. O Affordable Care Act é diferente, mas apenas na superfície. Ele usa seguros privados, em vez de públicos, e evita o rótulo de imposto.⁸⁵

⁸³ DWORKIN, Ronald. A victory bigger than we knew. **The New York Review of Books**, v. 59, n. 13, 2012.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. A victory bigger than we knew. **The New York Review of Books**, v. 59, n. 13, 2012.

⁸⁵ Tradução publicada em **Interesse Público**, v. 76, 2012. Originalmente publicado como: A victory bigger than we knew. **The New York Review of Books**, v. 59, n. 13, 2012. Traduzido para

Debateram-se no *leading case* dois pontos fulcrais: o *individual mandate*, que impõe o pagamento de multas para aqueles que não contratarem seguro-saúde, público e privado, e a constitucionalidade da cláusula de comércio.

Entre os votos vencidos, chama atenção o voto do *Justice* Clarence Thomas rejeitando a cláusula de comércio, que, na prática, poderia levar a uma completa desregulamentação da atividade econômica no país. Como bem apontado por Dworkin, “teria sido uma catástrofe se o voto de Thomas tivesse prevalecido: teríamos sido enviados de volta ao modelo de economia não regulada da era pré-New Deal”.⁸⁶

A impugnação à cláusula de comércio foi acompanhada pelos *justices* dissidentes Kennedy, Scalia, Thomas e Alito, que assinalaram:

Se o Congresso pode alcançar e comandar mesmo aqueles que estão afastados de um comércio interestatal a participar no mercado, a cláusula de comércio tornou-se uma fonte de poder ilimitado, ou, nas palavras de Alexander Hamilton, o monstro horrível cujas mandíbulas devoradoras não poupam nem sexo ou idade, nem altos ou baixos, nem sacro ou profano.⁸⁷

É de se notar que os *justices* vencidos manifestaram-se contra a ampliação do Medicaid e o repasse de recursos federais para os estados, no caso de não aceitarem a ampliação do Medicaid, conforme reconhecido no voto vencedor do *Chief Justice* Roberts. Para Dworkin, se a posição dos *justices* vencidos tivesse prevalecido, o ato teria sido esvaziado,⁸⁸ e a saúde dos americanos estaria a descoberto, contrariando a principal proposta de campanha do Presidente Obama.

Embora o *Chief Justice* Roberts tenha afastado a cláusula de comércio interestatal, reconheceu o ato como válido exercício do poder do Congresso de impor tributos e argumentou que a única sanção que o ato estabelece para aqueles que se recusem a comprar seguros é um ônus imposto nas declarações de imposto de renda. Para o *Chief Justice* Roberts, a ordem de compra do seguro que emanou do Affordable Care Act opera como tributo,

o português por Anderson Vichinkeski Teixeira.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. A victory bigger than we knew. **The New York Review of Books**, v. 59, n. 13, 2012.

⁸⁷ Tradução publicada em **Interesse Público**, v. 76, 2012. Originalmente publicado como: A victory bigger than we knew. **The New York Review of Books**, v. 59, n. 13, 2012. Traduzido para o português por Anderson Vichinkeski Teixeira.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. A victory bigger than we knew. **The New York Review of Books**, v. 59, n. 13, 2012.

sendo, por isso, constitucional.⁸⁹

Em suma, a opinião central do *Chief Justice* Roberts, bem apanhada por Tushnet, foi a de que o Congresso não tinha poderes para exigir que as pessoas comprassem o seguro-saúde. Mas também sustentou que o Congresso poderia impor tributos sobre as pessoas que não comprassem o seguro-saúde, e isso seria suficiente para fazer o Affordable Care Act (Obamacare) uma lei⁹⁰ de acordo com a Constituição.

Na prática, os americanos, em sua maioria, salvo os que estão abaixo da linha de pobreza, se não adquirirem planos de seguro-saúde, terão de pagar multas. Para quem se recusar a adquirir cobertura médica, a multa mínima é de US\$ 285 por família ou 1% da renda familiar, o que for maior, a partir de 2014. Em 2016, a multa deverá chegar a US\$ 2.085 por família ou 2,5% da renda familiar, o que for maior.

É quase certo que, se o Obamacare tivesse sido julgado inconstitucional ou esvaziado pela Suprema Corte, o Presidente Obama não teria sido reeleito, e um candidato republicano estaria hoje na Presidência dos Estados Unidos. Quanto à eficiência e aos custos do Obamacare, somente os anos poderão conferir resposta segura, seja positiva, seja negativa, mas, à primeira vista, estima-se que, na hipótese em tela, não haverá legado consistente, em termos de fundamentação jurídica, da minoria vencida, uma vez que insiste em descurar os mais mezinhos direitos fundamentais.

No caso *Lochner v. New York*, por exemplo, é de perceber que a Suprema Corte vivia sob a influência social e política do *laissez-passer* e do *laissez-faire*, em quadro de liberalismo econômico agudo, levando a graus máximos o respeito aos contratos e à propriedade privada. Preponderava a desregulamentação, quadro que foi modificado pela Corte na era do New Deal. Nos anos 1980, na Era Reagan, os Estados Unidos voltaram a dar maior preferência às regras de mercado livre e à diminuição da intervenção estatal na economia, com resultados sabidamente ruinosos. Como quer que seja, a cláusula de comércio, impugnada pelo *Justice* Clarence Thomas, por permitir a regulação por parte do Estado, pode não ser aceita hoje em maior extensão, mas não é inimaginável que seja aceita no futuro, se a doutrina liberal

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. A victory bigger than we knew. **The New York Review of Books**, v. 59, n. 13, 2012.

⁹⁰ De fato, para Tushnet, “As correctly reported, the central opinion, written by John Roberts, said that Congress didn’t have the power to require people to buy health care insurance. But it also said that Congress could impose a tax on people who didn’t buy health care insurance, and that was enough to make the Affordable Care Act the law of the land” (TUSHNET, Mark. **In the balance: Law and Politics on the Roberts Court**. New York: W.W. Norton, 2013. p. 1).

retornar com força total a ponto de provocar sistólica desregulamentação de determinados setores da economia e, no caso, do plano de seguro-saúde colocado à disposição do povo americano.

Compreensivelmente, o sistema de saúde do povo americano é motivo das principais críticas da população, que observa países como Canadá, Inglaterra e, em especial, países nórdicos aproximarem-se de um nível de excelência em políticas de saúde pública, educação e previdência. Tivesse prevalecido a posição minoritária, certamente essa tentativa de levar ao povo americano um patamar superior de saúde estaria sepultada. Naturalmente, a eficiência do Affordable Care Act e a sua aceitação ou rejeição pela sociedade serão avaliadas com o passar dos anos, porém os votos vencidos muito provavelmente servirão, nesse caso, como provas eloquentes de posições negativas que padeceram do conhecido viés da confirmação,⁹¹ ou seja, viram apenas o que queriam ver para confirmar as suas crenças de partida. Assim, ao que tudo indica, entrarão para a história como votos de quatro republicanos conservadores que se opuseram às políticas públicas necessárias para aperfeiçoar os índices do desenvolvimento humano. Aqui, o legado dos votos vencidos, se houver, tende a ser negativo.

3.3 Citizens United v. Federal Election Commission (130 S. Ct. 876 [2010], at 887, 909)

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, decidiu, pela maioria de cinco votos contra quatro, no sentido de afastar o teto (limite de doações) para o financiamento de campanhas eleitorais por parte de empresas, associações e sindicatos.

É relevante destacar que o Congresso legislou sobre a matéria, em 1970, ao aprovar o Federal Election Campaign Finance Act, no sentido de regular as contribuições e os gastos de campanhas eleitorais como resposta às revelações escandalosas que surgiram durante o caso Watergate, em especial de como o Presidente Nixon arrecadou recursos para a sua campanha.⁹²

Boa parte da sociedade americana temia, e teme, que o uso ilimitado de recursos financeiros e doações nas campanhas eleitorais possa tornar desiguais os pleitos e favorecer bandeiras plutocráticas apoiadas por grandes grupos econômicos e, em especial, pelo partido republicano, defensor do ideário conservador, mais ao gosto de setores financeiramente poderosos.

⁹¹ *Vide*, sobre viés de confirmação, NICKERSON, Raymond. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon. **Many Guises, Review of General Psychology** (Educational Publishing Foundation), v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.

⁹² TUSHNET, Mark. **In the balance: Law and Politics on the Roberts Court**. New York: W.W. Norton, 2013. p. 250.

Outro ponto colocado pelos defensores da limitação de doações nas campanhas eleitorais é o de que o excesso de recursos doados pode levar à corrupção do sistema eleitoral e à conseqüente diminuição de credibilidade da democracia representativa. Além disso, os defensores da limitação dos gastos nas campanhas eleitorais eram e são, na maioria, democratas, que, tradicionalmente, observam o seu partido receber menos recursos de grandes corporações do que o partido republicano nas eleições.

A maioria da Corte, ao apreciar a causa em sede recursal, ajuizada por organização conservadora, a *United Citizens*, entendeu por aplicar a Primeira Emenda da Constituição, que protege o direito ao discurso. No entendimento da maioria, o discurso não pode ser impedido pela regulação estatal ao limitar as doações para as campanhas eleitorais, pois seria o mesmo que tolher a liberdade de expressão nos pleitos próprios do jого democrático.

De acordo com a maioria da Suprema Corte, dizer que a Primeira Emenda tem influência sobre se o uso do dinheiro nas campanhas eleitorais pode ser regulado não é o mesmo que dizer que todas as regulações seriam inconstitucionais. Entretanto, significaria que deve haver boas razões para implementar uma regulação que tenha o potencial de limitar o discurso político. E, segundo essa maioria, as justificações do governo para restringir os gastos de campanha terão que ser melhores do que as justificações para restringir as contribuições, sob o argumento de que as contribuições poderiam levar à corrupção.⁹³

Outro ponto foi a discussão sobre o direito ao discurso dos sindicatos ou corporações (potenciais doadores) e se estes estariam protegidos pela Primeira Emenda. Afirmou o *Justice Kennedy*, fortalecendo a posição majoritária, que a Primeira Emenda protege o discurso, o orador e as ideias que fluem de cada qual. Para Tushnet, tal entendimento tem como consequência que as regulações que limitam o discurso baseadas em quem é o orador – pessoa física ou corporação – têm que ter justificativas muito fortes.⁹⁴

⁹³ Como referido por Tushnet sobre a posição da maioria da Suprema Corte: *“To say that the First Amendment has some bearing on whether money in politics can be regulated isn’t to say that all such regulations are unconstitutional, only that government has to have pretty good reasons for regulations that have the potential of limiting political speech addressed to the general public. And, according to the Supreme Court, the government’s justifications for restricting campaign spending – a form of speech because money is speech – have to be better than its justifications for restricting contributions, because contributions might lead to corruption”* (TUSHNET, Mark. **In the balance**: Law and Politics on the Roberts Court. New York: W.W. Norton, 2013. p. 251).

⁹⁴ Segundo o *Justice Kennedy*, *“(...) the First Amendment protects speech and speaker, and*

A maioria da Suprema Corte, desde o início da regulação do moderno financiamento de campanha, tem entendido que as regulações não podem ser justificadas por interesse em tornar a competição eleitoral mais igual.⁹⁵ Restou afastado, pois, o argumento da teoria da proteção dos acionistas, segundo o qual eles não dão o consentimento para que os recursos da empresa sejam endereçados a determinado partido ou candidato.

Dissentiram do voto da maioria os *Justices* Stevens, Ginsburg, Breyer e Sotomayor. A divisão da Corte restou clara, com os *justices* conservadores, nomeados por presidentes republicanos, votando a favor da não limitação das doações para campanhas eleitorais, e os juízes democratas votando pela imposição de limites às doações.

O dissenso do *Justice* Stevens veiculou argumentos significativos e frases duras sobre como “a democracia não pode funcionar efetivamente quando os membros que a constituem acreditam que as leis estão sendo compradas e vendidas”.⁹⁶ Stevens argumentou que a posição da maioria, contra a regulamentação, não deu ênfase suficiente à necessidade de impedir a corrupção nas eleições. Asseverou que, como já reconhecido no caso *Bucley*, reafirmado no caso *Belloti*, é crucial preservar a confiança pública na democracia.

Enfatizou, com propriedade, que a maioria ignorou os perigos que representam as corporações como doadoras, pois estas não possuem cidadania, tendo, além disso, enormes somas de dinheiro, costumeiramente sem propósitos outros além de obter lucro. Relembrando o caso *Austin*, o *Justice* Stevens ponderou que as corporações possuem influência injusta no processo eleitoral ao doar vastas somas e que isso distorce o debate público.

Em relação à Primeira Emenda, Stevens, ao contrário da maioria, entendeu que esta protege a liberdade de imprensa de modo diverso da liberdade de discurso e de expressão das corporações. A posição vencedora entendeu que a liberdade de imprensa é direito aplicável a todos os cidadãos ou grupos de cidadãos que buscam publicizar as suas visões, como fez a *Citizens United* em relação ao documentário crítico à Senadora Hillary Clinton

the ideas that flow from each”. O que implica, segundo Tushnet, “*that regulations which limited speech based on who the speaker was – a natural person or a corporation – had to have quite a strong justification*” (TUSHNET, Mark. **In the balance**: Law and Politics on the Roberts Court. New York: W.W. Norton, 2013. p. 270).

⁹⁵ TUSHNET, Mark. **In the balance**: Law and Politics on the Roberts Court. New York: W.W. Norton, 2013. p. 257.

⁹⁶ Como referido pelo *Justice* Stevens em seu voto: “*A democracy cannot function effectively when its constituent members believe laws are being bought and sold*”.

chamado de **Hillary: the movie** (que deu azo ao *Citizens United v. FEC*). Para Stevens, a posição da maioria não conferiu a apropriada deferência ao Poder Legislativo e restringiu o legislador dos estados no emprego de diferentes métodos para diminuir a corrupção eleitoral. No voto dissidente, Stevens foi categórico ao referir que a opinião da maioria ignorou o direito dos acionistas das corporações doadoras, pois estes não podem ser compelidos a doar recursos para discurso ao qual se opõem.⁹⁷

Como diagnosticado por Sunstein, em recente resenha do livro lançado por Stevens aos 94 anos, concordando em parte com o dissenso em *Citizens United*, o objetivo do financiamento público de campanha não é proteger o pensamento da maioria, mas assegurar que as desigualdades econômicas não transformem os políticos. Em uma sociedade que tolera disparidades acentuadas de riqueza, a regulação não é apenas objetivo digno, mas essencial. Como tais disparidades continuam e até aumentam, existe sério risco de que as pessoas ricas tenham condições não apenas de comprar os seus bens e serviços preferidos, mas a política de sua predileção.⁹⁸ As sociedades admitem a desigualdade de renda, todavia não podem admitir a desigualdade política, sob pena de cada vez mais marginalizar os cidadãos e alijá-los da definição de uma vida boa.

A votação sobre o financiamento público de campanha revelou a divisão entre os *justices* conservadores e liberais com nitidez. Os *justices* conservadores votaram contra a limitação das doações para as campanhas eleitorais realizadas por corporações, associações e sindicatos, e os *justices* liberais votaram a favor da regulação pelos motivos expostos no voto vencido do *Justice* Stevens. A *Justice* Kagan, liberal, pode, futuramente, assumir protagonismo maior na Suprema Corte, assim que o Presidente Obama nomear outro *justice* liberal. Isso tem sido demonstrado pela firmeza com que se tem contraposto aos argumentos conservadores, inclusive aos do *Chief Justice* Roberts. E se poderia, sob certo aspecto, começar a falar sobre a Corte Kagan em vez da Corte Roberts.⁹⁹ Fora disso, as expectativas de modificação, por nova decisão da Suprema Corte, ou por emenda constitucional, são remotas, cenário agravado pela recentíssima decisão que libera os limites de doação para campanhas eleitorais pelas pessoas físicas,¹⁰⁰ que complementa

⁹⁷ *Citizens United v. Federal Election Commission* [130 S. Ct. 876 (2010), at 887, 909].

⁹⁸ SUNSTEIN, Cass. *The Refounding Father*. **The New York Review of Books**, 05, p. 22-26, jun. 2014.

⁹⁹ TUSHNET, Mark. **In the balance: Law and Politics on the Roberts Court**. New York: W.W. Norton, 2013. p. 280.

¹⁰⁰ A Suprema Corte dos Estados, ao apreciar *McCutcheon v. Federal Election Commission*,

e aprofunda o erro anterior da maioria.

O voto dissidente do *Justice Stevens* pode, sem dúvida alguma, entrar para a história como legado positivo, visto que parece indiscutível que o abuso do poder econômico contamina o debate político e faz com que as pessoas deixem de acreditar na democracia e enxergar o Estado como promotor e garantidor equitativo e inclusivo do bem-estar social. O dinheiro acaba por substituir o espaço da participação desinteressada na esfera pública, indispensável para o aperfeiçoamento da *Rule of Law*.

É indisfarçável que a suspeita de corrupção ou de patrocínio é deletéria para a democracia representativa. Os interesses econômicos e das grandes corporações acabam por interagir de modo pernicioso com a formulação de políticas públicas. A Primeira Emenda da Constituição americana visa a garantir a liberdade de expressão, mas isso não significa que não possam existir limites impostos pelo Estado às doações para campanhas eleitorais, que impedem a livre expressão política sem manipulação do dinheiro. Com isso não se pretende (de modo utópico) tornar iguais aqueles que são desiguais economicamente, porém impedir que a desigualdade econômica acabe por gerar uma desigualdade política que redunde no acirramento da desigualdade social, que seria nefasta e trágica para a consolidação do Estado de Direito justo e solidário.

Parece, portanto, muito provável que o voto dissidente do *Justice Stevens*, que já fomenta o debate na sociedade norte-americana (e além dela), acabe por servir de fundamento para futura decisão da Suprema Corte no sentido de substituir o atual e equivocado entendimento.

decidiu, por cinco votos a quatro, no dia 02.04.2014, acabar com o limite do valor total dos recursos que uma pessoa física pode destinar para as campanhas dos candidatos em nível federal. O prolator do voto condutor, *Chief Justice Roberts*, fez consignar em seu voto que “o teto infringe direitos de liberdade de expressão e não se justifica pelo interesse público no combate à corrupção”. Referiu que “não existe direito mais básico na democracia do que o direito de participar na eleição dos nossos líderes políticos” e que “o Congresso não deve regular as contribuições simplesmente para reduzir a quantidade de dinheiro na política e nivelar o campo de disputa entre forças mais ricas e as de menos recursos”. No voto dissidente, o *Justice Stephen Breyer*, acompanhado pelas *Justices Ginsburg, Sotomayor e Kagan*, referiu que as decisões que acabam com as leis regulatórias do financiamento de campanha deixam “um remanescente incapaz de lidar com os graves problemas de legitimidade democrática que a legislação pretendia resolver” e que “a decisão cria uma brecha que vai permitir a uma pessoa física contribuir com milhões de dólares para um partido político ou para a campanha de um candidato”. A ação analisada pela Corte foi ajuizada originalmente pelo empresário republicano do Estado do Alabama Shaun McCutcheon, que queria fazer doações para mais candidatos, mas restou impedido por lei eleitoral regulatória (*McCutcheon v. Federal Election Commission*, 572 U.S.).

Conclusão

O direito constitucional norte-americano está embasado na Declaração de Virgínia de 1776, na Constituição de 1787, nas emendas do Bill of Rights, nas posteriores emendas à Constituição e, principalmente, nos precedentes da Suprema Corte. Ao longo da história, contudo, votos dissidentes tiveram enorme peso, para o bem ou para o mal, na construção do direito constitucional americano. Com legado positivo, a título de exemplo, os votos externados pelo *Justice* Benjamin R. Curtis, em *Dred Scott v. Sanford*, e pelo *Justice* John Marshall Harlan, em *Plessy v. Ferguson*, foram úteis e generosas contribuições para a vitória antiescravagista e antissegregacionista e para a mudança do entendimento da Suprema Corte em matéria de reconhecimento dos direitos civis dos afro-americanos.

Hoje se pode afirmar, ainda, que os votos vencidos dos *Justices* John Marshall Harlan e Oliver Wendell Holmes¹⁰¹ foram fundamentais, em *Lochner v. New York*, para manter aceso, na sociedade e no mundo acadêmico, o reconhecimento dos direitos sociais e da necessidade de regulação dos contratos que culminou, tempos depois, na alteração de posição da Corte na época do New Deal, rompendo com a quase cristalizada lógica do *laissez-passer* e do *laissez-faire*.

Para evocar caso mais recente, no caso da regulação do financiamento público de campanha, o voto vencido do *Justice* Stevens, em *Citizens United v. Federal Election Commission*, poderá servir de base, pelos seus fundamentos, para derrubar a posição desastrosa da Suprema Corte. A desigualdade de recursos econômicos não pode gerar a desigualdade política que provoca a erosão de confiança na democracia e no Estado de Direito.

Resta demonstrado, acima de tudo, que o dissenso nos tribunais pode não ser garantia de legado positivo, embora frequentemente o seja. Certo, o voto vencido pode ser tão enviesado como o voto vencedor, mas, não raro, contribui para a redução da pressão de conformidade. Ou seja, o dissenso, ao menos quando resulta de boas e consistentes razões, contribui, no plano deliberativo judicial, para minimizar o risco de polarizações e cascatas que

¹⁰¹ Como refere Sunstein, o *Justice* Oliver Wendell Holmes, conhecido como *The Great Dissenter*, fez com que juízes seguissem os seus grandes dissensos especialmente em áreas como a liberdade de discurso e o *judicial restraint*. Os dissensos de Holmes tornaram-se lei (influenciando inúmeras decisões da Suprema Corte) após a sua morte. Neste sentido: “*In the context of judicial opinions, Justice Oliver Wendell Holmes, known as the Great Dissenter, did just that; eventually judges followed his great dissents, especially in the areas of free speech and judicial restraint, and his views became law after his death*”. SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 66.

costumam levar ao extremismo e às decisões repletas de externalidades nocivas. O apreço exagerado pelo consenso e por decisões unânimes pode conduzir ao tolo excesso de confiança dos julgadores e ao otimismo exacerbado que se mostra pernicioso para a busca colaborativa de decisões justas. É sabido que o silêncio de um magistrado muitas vezes é fruto de preocupações estratégicas de não causar tensões internas no colegiado¹⁰² ou não afetar a sua reputação com a pecha de votar vencido constantemente. No entanto, é indispensável assimilar que, sem cultivo da disputa erística, o dissenso tende a ser ingrediente de decisões mais ponderadas, uma vez que contribui ao pluralismo cooperativo e dialético. Não se deve, é claro, edulcorá-lo e sucumbir ao mito, destituído de qualquer comprovação empírica, de que o dissenso, por si só, seria sempre benéfico.

Muitos outros célebres votos dissidentes, para além dos abordados neste estudo, poderiam ser colacionados. O mais relevante, no entanto, é reconhecer a valia do balanço científico sobre o legado, positivo ou negativo, dos votos vencidos como campo promissor de pesquisa para o direito constitucional. Essa linha de investigação, se desenvolvida entre nós, poderá ser muito rica de nuances e cientificamente reveladora.

Referências

ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. **We the people: the Civil Rights Revolution**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2014. v. 3.

DWORKIN, Ronald. A victory bigger than we knew. **The New York Review of Books**, v. 59, n. 13, 2012. Publicada também em **Interesse Público**, v. 76, 2012. Traduzido para o português por Anderson Vichinkeski Teixeira.

GALLUP ORGANIZATION. **Confidence in institutions**, June 8-10, 2001.

GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. 30. ed. New York: The Foundation, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The federalist papers**. China: Sweetwater, 2010.

¹⁰² Sobre os juízes, Sunstein refere que "(...) *they might silence themselves simply because they do not want to cause internal tension*" (SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 124).

- KING, Martin Luther. To the National City Lines, Inc., 8 December 1955. In: **Papers** 3:80-81.
- KRUGMAN, Paul. **The return of depression economics**. London: Penguin, 2008.
- LINCOLN, Abraham. **Collected works of Abraham Lincoln**. New Brunswick: Rutgers University Press, 1953. v. 1.
- _____. **House divided address**. Chicago: Illinois State Historical Society, 1957.
- McCLANAHAN, Brion. **The Founding Fathers**. Washington: Regnery, 2012.
- McCULLOUGH, David. **1776**. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2005.
- MEACHAN, Jon. **Thomas Jefferson: the art of power**. New York: The Random House, 2012.
- MILL, John Stuart. **On liberty and other writings**. 8. impr. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- NICKERSON, Raymond. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon. **Many Guises, Review of General Psychology** (Educational Publishing Foundation), v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.
- POESNER, Richard. **A failure of capitalism: the crisis of 08 and the descent into depression**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- _____. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- _____. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- _____. **The crisis of capitalism democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. **Constitutional Law: keyed to courses using**. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2010.
- STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.
- SUNSTEIN, Cass. **Going to extremes**. How like minds unite and divide. New York: Oxford University Press, 2009.

- _____. The Refounding Father. **The New York Review of Books**, 5, p. 22-26, jun. 2014.
- _____. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. **Uncertain Justice**. New York: Henry Holt, 2014.
- TUSHNET, Mark. **I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases**. Boston: Beacon, 2008.
- _____. **In the balance**. Law and Politics on the Roberts Court. New York: W.W. Norton, 2013.
- USA. **Bush v. Gore**, 531 U.S. 98 [2000].
- USA. **Citizens United v. Federal Election Commission**, 130 U.S. Ct. 87 [2010].
- USA. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45 [1905].
- USA. **McCutcheon v. Federal Election Commission**, 572 U.S. [2014].
- USA. **National Federation of Independent Business v. Sebelius**, 576 U.S. [2012].
- USA. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537 [1896].
- USA. **Scott v. Sandford**, 60 U.S. [19 How] 393 [1857].
- USA. **Williamson v. Lee Optical Co.**, 348 U.S. 483, 75 S.Ct. 461, 99 L. Ed. 563 [1955].
- WEDY, Gabriel. Tinga e a intolerância globalizada. **Zero Hora**, Porto Alegre, p. 15, 9 maio 2014.