

Algumas considerações sobre a Emenda Constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos

Adhemar Ferreira Maciel

Sumário

1. Introdução. 2. O caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967). Sentença que reflete a sociedade, mais do que o próprio juiz. Reversão na Suprema Corte. O voto de Earl Warren. 3. A Emenda Constitucional n. XIV (1868) integra materialmente o *Bill of Rights* (1791). 4. A elaboração de *The Articles of Confederation*. Sua pretensa “revisão” em 1787. A nova *Law of the Land*: sujeição dos juizes estaduais a tribunais federais. 5. A seção 1 da Emenda Constitucional n. XIV. A *dual citizenship*. 6. Violências contra o negro. O caso *Dred Scott v. Sanford*. 7. A cláusula “privilégios ou imunidades”. 8. A Emenda n. V e a Emenda n. XIV. Características do direito norte-americano: *case law*. Dificuldade de abstração em relação ao direito brasileiro. 9. A cláusula *due process of law*. Histórico. Evolução. A *substantive due process*. O caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986). O recente (2003) caso de *John G. Lawrence and Tyron Garner v. Texas*, no qual a Suprema Corte declara as *sodomy laws* violadoras das cláusulas do *due process* e da *equal protection*. 10. *Bill of Attainder*. 11. A *ex post facto-clause*. 12. A cláusula *equal protection*. O *quota system* nas universidades e no trabalho. Dificuldades. Exageros. O caso *United States v. Paradise*. Impasse na execução da sentença. O histórico caso de Homer Plessy. A doutrina falaciosa do Igual, mas Separado. O marco *Brown v. Board of Education*. A *de jure segregation* na Universidade do Mississippi. 13. Outros casos envolvendo questões raciais. *Korematsu v. United States*. Chineses e lavanderias. Tentativas legais de evitar-se o inter-relacionamento sexual entre negros e brancos.

Adhemar Ferreira Maciel é Consultor jurídico, ministro aposentado do STJ, antigo professor da Faculdade de Direito Milton Campos e da Universidade de Brasília.

1. Introdução

Em seu livro *Tempos interessantes*, HOBBS-BAWN (2002, p. 439) diz que desde sua fundação “os Estados Unidos têm sido objeto de atração e fascínio para o resto do mundo, porém também de difamação e desaprovacão”. De minha parte, não consigo disfarçar meu fascínio pelos Estados Unidos, sobretudo por seu direito constitucional. Mesmo agora, depois do Onze de Setembro de 2001, quando se procura abalar os alicerces fincados pelos *Founding Fathers*, procuro ver na belicosidade e ganância americanas apenas uma situação passageira, emergencial. Para quem vem, ainda que modestamente e de longe, acompanhando a evolução dos direitos humanos nos Estados Unidos, não deixa de ser amargo ler notícias nos jornais de que também agora se está permitindo a prática de tortura em prisioneiros, em suspeitos, que nem mesmo os diplomatas da ONU se acham a salvo de violação de correspondência (*e-mail*) e escutas telefônicas. Mas é importante ter em conta que é a própria imprensa americana que veicula a notícia.

2. O caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967). Sentença que reflete a sociedade, mais do que o próprio juiz. Reversão na Suprema Corte. O voto de Earl Warren

Se um juiz nunca pode ser julgado por uma única sentença, ao reverso, uma sentença pode revelar mais do que o pensamento e o sentimento do juiz. Pode revelar o que pensa e sente uma sociedade inteira, ou pelo menos grande parte dela. No caso, a sociedade é a da Virgínia, nos Estados Unidos. O fato se deu em 1958, com o casamento entre Mildred Jeter, uma negra, e Richard Loving, um branco, no Distrito Federal (*District of Columbia*). O casal, após as bodas, voltou para a Virgínia, que, à semelhança de quinze outros Estados, então vedava matrimônio inter-racial. O dispositivo legal, com a

rubrica “Punição em razão de Casamento” (*Punishment for Marriage*), dizia:

“Se alguém se casar com uma pessoa de cor, ou alguém de cor se casar com uma pessoa branca, esse alguém cometerá *felony*, e será punido com prisão em penitenciária por não menos de um, e não mais de cinco anos”¹.

O órgão judicante de primeiro grau considerou que o casamento se dera fora do Estado da Virgínia para burlar a lei. Marido e mulher foram condenados a um ano de prisão. A execução da sentença, todavia, foi suspensa sob a condição de que os condenados ficassem fora do Estado durante 25 anos...

Vamos transcrever excerto da sentença, que sob o tegumento da ignorância e sofisma, revela a profundidade do ódio racial:

“O Todo Poderoso criou as raças branca, negra, amarela, malaia e vermelha, e as colocou em continentes separados². Em decorrência disso, não deveria haver tais casamentos. Pelo fato de haver Ele (Deus) separado as raças, mostra que era sua intenção não deixar que as raças se misturassem”³.

O marido apelou. O tribunal de apelação, ao negar provimento ao recurso, entendeu que a lei era constitucional, pois tratava negros e brancos de modo igual. Na Suprema Corte, o *chief justice* Warren, que falou pelo colegiado, após sublinhar que a decisão violara as cláusulas do *due process* e da *equal protection of laws*, invocou uma série de decisões anteriores, arrematando:

“A liberdade de casar-se já foi há muito reconhecida como um dos direitos individuais vitais, essenciais na busca pacífica da felicidade para os homens livres. (...) Negar esse direito fundamental com arrimo em tão insuportável base como as classificações raciais, incorporadas nessas leis, classificações tão diretamente subversivas do princípio da igualdade (existente) no âmago da Emenda n. 14, é, por certo, privar todos os cidadãos dos Estados de liberdade sem o devido pro-

cesso legal. A Emenda n. 14 exige que a livre liberdade de escolha para se casar não seja restringida por discriminações raciais odiosas. Sob nossa Constituição, a liberdade de casar-se, ou não se casar, com uma pessoa de outra raça está no (próprio) indivíduo, e não pode ser infringida pelo Estado” [Loving v. Virginia, 388 U. S. 1 (1967)].

Casos como o de Mildred/Richard se contam a mancheias. Veremos um ou outro, todos relacionados com a Emenda Constitucional n. XIV.

3. A Emenda Constitucional n. XIV (1868) integra materialmente o Bill of Rights (1791)

Ainda que o Poder Judiciário norte-americano, em sua longa e riquíssima história⁴, tenha muitas vezes decidido contra a *Law of the Land*, ou seja, contra a Constituição, as leis federais e os tratados assinados pelo governo, sobretudo no concernente às minorias raciais, não se lhe pode deixar de creditar grandes decisões, que engrandecem os juízes de todo o mundo, proferidas na proteção dos mais desvalidos. Como as decisões do judiciário refletem um momento da sociedade, veremos a evolução (e às vezes involução) da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos no pertinente às cláusulas do “devido processo legal” e da “igualdade perante as leis”.

Em 9 de julho de 1868 foi ratificada a Emenda n. XIV à Constituição dos Estados Unidos (1787). Essa Emenda foi fruto da Guerra da Secessão (*Civil War* ou *War Between the States*)⁵.

Sob o ponto de vista material, como já se falou, a Emenda n. XIV integra o *Bill of Rights*, ratificado quase setenta e sete anos antes. Seu escopo já não era mais a “supremacia do governo federal” em relação aos governos estaduais, “mas a proteção dos indivíduos no gozo dos direitos e imunidades garantidas a eles pela Constituição Federal” (WILLOUGHBY, 1938, p. 145). Em decor-

rência, a Emenda n. XIV abriu aos tribunais federais a possibilidade de controlar atos de autoridades estaduais no concernente aos “privilégios ou imunidades” dos cidadãos dos Estados Unidos, bem como ao “devido processo legal” e à “igual proteção perante as leis” (WILLOUGHBY, 1938, p. 147). É de capital importância que nos detenhamos nesse pormenor: adequação de atos de autoridades estaduais à nova ordem jurídica então instituída no país.

4. A elaboração de The Articles of Confederation. Sua pretensa “revisão” em 1787. A nova Law of the Land: sujeição dos juízes estaduais a tribunais federais

Uma pitada de história da criação da Nação norte-americana se faz indispensável. Em 11 de junho de 1776, uma assembléia formada por revolucionários (*First Continental Congress*) nomeou uma comissão para elaborar documento – *The Articles of Confederation* – que seria a base de uma *Confederacy*, os “Estados Unidos da América” (art. I)⁶. Coube a John Dickinson (1732-1808), delegado da Pensilvânia e Delaware (BOUMAN, 2003), fazer o esboço do documento que foi adotado, com poucas modificações, em 15 de novembro de 1777 (cf. COMMAGER, 1958, p. 111). Cada uma das antigas Colônias inglesas do Novo Mundo, desde 1776, por assim dizer, já constituía um Estado soberano. Com o correr do tempo, verificou-se que o pacto firmado entre os Estados confederados era insuficiente para resolver inúmeros interesses dos participantes, que temiam a cobiça de nações belicosas como a própria Grã-Bretanha, França, Espanha e Rússia. Em 25 de maio de 1787, uma assembléia (*Convention*) se reuniu na Filadélfia para fazer a “revisão” de “Os Artigos da Confederação”. No lugar da proposta “revisão”, saiu documento novo: a Constituição. A nova *Law of the Land* passou, então, a ser, como já se falou, a Constituição adotada, as leis federais e os tratados

assinados pelo governo federal. Os juízes, que antes estavam presos às leis de seus respectivos Estados, ficaram obrigados à nova ordem. Daí a importância da Emenda n. XIV, como se ressaltou por mais de uma vez.

A preocupação da Emenda n. XIV, no fundo, estava centrada nas minorias raciais⁷, em especial no negro (cf. PARENTI, 1983, p. 309) que, em vários Estados-Membros, não podia viajar nos mesmos vagões que os brancos, freqüentar as mesmas escolas, hospedar-se nos mesmos hotéis, participar de júri popular, ocupar determinados cargos públicos, morar nos mesmos quarteirões habitados por brancos etc.

Com fulcro na Emenda n. XIV, o Congresso, em 1875, aprovou uma lei de direitos humanos (*Civil Rights Act*)⁸, estabelecendo penalidades para as autoridades que privassem as pessoas de seus direitos e liberdades. A importância dessa lei infraconstitucional estava no fato de o Congresso estabelecer, de modo concreto e objetivo, tipos penais, ensejando o ajuizamento de ações judiciais para sustentação dos direitos reconhecidos nas cláusulas constitucionais (cf. WILLOUGHBY, 1938, p. 146). Lamentavelmente, como aconteceu por mais de uma vez, a Suprema Corte estava no seu papel político⁹ de dificultar o acesso à cidadania pelos menos favorecidos, como negros, cules chineses, *chicanos* e mulheres: teve diversos dispositivos da *Civil Rights Act* como inconstitucionais: entendeu que não cabia ao Congresso definir direitos civis e muito menos estabelecer penalidades para infratores estaduais. Foi uma série de julgados que recebeu *in globo* a denominação de *Civil Rights Cases*¹⁰.

5. A seção 1 da Emenda

Constitucional n. XIV.

A dual citizenship

A seção 1 da Emenda, que nos interessa de perto, diz:

“1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e

sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver em residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (ALENCAR; CERQUEIRA, 1987, p. 430)¹¹.

Uma primeira observação é quanto ao conceito de “cidadão”, uma vez que o texto fala em “cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência”. A *dual citizenship* (dupla cidadania) na atualidade tem valor praticamente histórico. Com exceção da Carta de William Penn¹², as demais *Charters* das colônias inglesas do Novo Mundo continham dispositivos reconhecendo que os habitantes das colônias e seus descendentes eram súditos ingleses (cf. FERGUSON; MCHENRY, 1950, p. 175).

Como já notamos, com a Independência, cada colônia se transformou num Estado soberano. Não havia, pois, uma “cidadania nacional”, como aconteceu no Brasil (Estado unitário). Com a instituição de um novo Estado – o Estado federal –, preservou-se a cidadania antiga (estadual), sem prejuízo da nova cidadania (nacional). Fenômeno semelhante pode ser observado na Suíça: cada *Kantonsbürger* é, simultaneamente, um *schweizer Bürger* (cidadão suíço)¹³.

6. Violências contra o negro. O caso Dred Scott v. Sanford

Antes do advento da Emenda n. XIV, havia muita discussão violenta para saber se o negro alforriado poderia ser considerado “cidadão” em outro Estado-Membro (cf. COOLEY, 1931, p. 315 e seg.). Notável – e lamentável¹⁴ – foi a decisão da Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sanford, 19 How. 393 (1857)*, que bem refletiu o *mainstream* da

época¹⁵. É comezinho, muitos dos fundadores da Nação norte-americana eram grandes proprietários de escravos, a começar por George Washington, James Madison e John Rutledge (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 547).

Dred Scott era escravo de um cirurgião militar (John Emerson) no Estado do Missouri, que reconhecia a instituição da escravidão¹⁶. O militar foi servir no Forte Snelling, que ficava em Território novo (hoje corresponde ao Estado de Minnesota), onde o Congresso proibira a escravidão. Levou consigo seu escravo, que se considerou livre. Após lhe ter sido negada a alforria por seu amo, Scott entrou com uma ação judicial. Perdeu. Seu caso foi parar na Suprema Corte, que decidiu que o Congresso não tinha poderes para impedir a escravatura, mesmo naqueles Territórios incorporados à União. Por outro lado, o autor da ação, por ser “uma pessoa de cor da raça africana” (*a colored person of the African race*), não tinha legitimidade ativa, pois não fazia parte do “povo dos Estados Unidos”, não sendo, portanto, “cidadão” americano. Logo, não tinha legitimidade para ajuizar ações em tribunais dos Estados Unidos [...] *bring suits in the courts of the United States*.]. A Corte concluiu que os Estados tinham competência para dar cidadania a qualquer pessoa, “mas eles não podiam transformar o adquirente de tal *status* num cidadão dos Estados Unidos” (FINDLAW, 2003).

A Emenda n. XIV, com o correr do tempo, veio pôr cobro a decisões vergonhosas e abjetas como essa. Grupos de pressão passaram a exigir maior ativismo da Corte. Aliás, como em todo governo verdadeiramente representativo, grupos minoritários pressionam, eleitoral ou extra-eleitoralmente, os poderes da República.

7. A cláusula “privilégios ou imunidades”

A segunda observação vem para a cláusula “privilégios ou imunidades” (*privileges or immunities*). A Emenda, como se viu da transcrição acima, fala que “nenhum Esta-

do poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos”. A expressão “privilégios ou imunidades” não era novidade, pois já constava da seção 2 do art. IV da Constituição: *The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States*. Aliás, como se observou em *In Re Slaughter-House Cases*, 83 U. S. 36 (1872), a cláusula já vinha do art. IV dos *Articles of Confederation* (1777): “(...) aos povos dos diversos estados da união..., aos habitantes livres de cada um desses estados, com exceção dos mendigos, vagabundos ou fugitivos da Justiça, serão conferidos todos os privilégios e imunidades de cidadãos livres dos diversos estados”¹⁷.

Mais de um século depois do advento da Emenda n. XIV, em *Baldwin v. Montana*¹⁸, a Suprema Corte reconheceu que “os contornos (da cláusula) não estão (ainda) bem delineados”. É certo que, em 1823, em *Corfield v. Coryell*¹⁹, o *justice* Bushrod Washington tentou – e não foi lá muito preciso – conceituar a cláusula “privilégios ou imunidades”, dizendo que ela garantia interesses na proteção, por parte do governo, da vida e liberdade dos cidadãos na busca da felicidade e segurança (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 352). O mesmo diapasão foi repetido, em circunstâncias outras, em *Paul v. Virginia*, 75 (8 Wall.) 168, 180 (1869): a cláusula constitucional permite que um cidadão de um Estado saia e entre em outro “na aquisição e gozo da propriedade e busca da felicidade” [...] *in the acquisition and enjoyment of property and in the pursuit of happiness*]²⁰.

Em resumo, o que se quis com a cláusula “privilégios ou imunidades” foi dar um tratamento isonômico entre naturais-do-Estado (*in-staters*) em relação aos não-naturais-do-Estado (*out-of-staters*) no pertinente aos direitos civis e a atividades econômicas. Com base nesse entendimento, a Suprema Corte decidiu no caso *Doe v. Bolton*, 410 U. S. 179, 200 (1973), conexo (*companion case*) com o famoso *Roe v. Wade*²¹, que a mulher não teria que ser residente no Estado (Geór-

gia) para poder ali se submeter a aborto. A cláusula “privilégios ou imunidades” – disse a Corte –

“protege as pessoas que ingressam na Geórgia para exercer seu negócio; assim deve ela (também) proteger as pessoas que entram na Geórgia em busca de serviços médicos que lá se acham disponíveis. Um entendimento contrário significaria que um Estado poderia limitar a seus próprios residentes os serviços médicos gerais disponíveis dentro de suas fronteiras”.

8. A Emenda n. V e a Emenda n.

XIV. Características do direito

norte-americano: case law.

Dificuldade de abstração em relação ao direito brasileiro

A seção 1 da Emenda n. XIV, como se viu da transcrição do texto, fala que:

“Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

A Emenda n. V, que faz parte do *Bill of Rights*, já rezava:

“ninguém poderá ser (...); nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização” (ALENCAR; CERQUEIRA, 1987) (*No person shall (...); nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation*).

A Emenda n. XIV, como é fácil no confronto com a Emenda n. V, foi destinada aos Estados.

A Emenda em comento (XIV) fala em “pessoa”. O direito anglo-americano tem

maior dificuldade em fazer abstrações do que o direito brasileiro, que pertence à família romano-germânica. Em *Louisville, Cincinnati and Charleston R. Co v. Letson, 2 Howard 497 (1844)*, a Corte usou caminhos transversos para dizer que uma “corporation is to be treated as if it were a citizen of the state in which it is incorporated” (MAYERS, 1955, p. 24)²².

O direito norte-americano é um direito judicial (*case law*). É direito edificado com base nos precedentes. O juiz, ao julgar um caso concreto, procura valer-se da *ratio decidendi* de outro julgamento, que constitui a *legal rule* a ser seguida por ele. Muitas vezes, aproveita até mesmo o que foi expresso *obiter dictum*, isto é, incidentalmente e sem “efeito vinculante” (*binding effect*). Daí utilizar-se de raciocínio indutivo. Nosso direito é legal. Não precisa passar pelo crivo do Judiciário para se firmar (*enforcement*). O caminho lógico utilizado por nosso magistrado já é outro: é dedutivo. O juiz, primeiro, examina as leis (a começar pela Constituição) para “aplicá-las” ao caso concreto, ainda que possa reforçar sua fundamentação com a jurisprudência de tribunais e doutrina²³. O juiz americano, ao reverso, ainda que possa partir da lei escrita (*statute*), procura descobrir em tribunais superiores o que foi firmado em casos que guardam similitude com o seu. Lá, há mais preocupação com a segurança jurídica do que aqui, daí o valor do precedente. Por outro lado, no Brasil, a doutrina, que está mais próxima da justiça, tem mais relevância do que nos Estados Unidos. Ademais, o direito anglo-americano²⁴ não tem, como o nosso, maiores preocupações com a terminologia científica (cf. GUTTERIDGE, 1954, p. 182), com as construções dos conceitos jurídicos. Tudo isso acaba por repercutir na capacidade de abstração. Uma consequência prática pode ser logo apontada: nos Estados Unidos, muitos dos rotulados “códigos”, como se dá com o U.S.C.A. (*United States Code Annotated*), não passam de “compilações de leis” para nós, em que a legislação não está arranjada de modo siste-

mático e racional, mas pela ordem alfabética de assuntos (DAVID, 1966, p. 457)²⁵.

9. A cláusula *due process of law*. *Histórico. Evolução. A substantive due process. O caso Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986). O recente (2003) caso de John G. Lawrence and Tyron Garner v. Texas, no qual a Suprema Corte declara as sodomy laws violadoras das cláusulas do due process e da equal protection*

Vamos enfocar, ainda que de modo rápido, a cláusula do devido processo legal²⁶. A *due process-clause*, que já constava da Emenda n. V, foi bem esmiuçada por Edward Coke e por John Locke. Trata-se, seguramente, de uma das mais importantes proteções ao cidadão. Thomas M. COOLEY (1931, p. 279) ressalta que essa cláusula foi utilizada não só para explicar os termos “vida”, “liberdade” e “propriedade”, mas também para expandi-los contra legislação opressiva e desarrazoada. A cláusula não ficou confinada ao mundo inglês ou americano. Mundializou-se. Desde nossa primeira Constituição republicana (1891), já era utilizada, ainda que escassamente, por nossos juízes. A Constituição de 1988 a consagrou expressamente, dizendo no inciso LIV do art. 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Coke, ao comentar o capítulo 39 da Magna Carta, escrita em latim, mostrou que a expressão *per legem terrae*, ali inserida, remontava ao reinado de Edward III, e era equivalente ao *due process of law*. Se no início a cláusula era encarada como de cunho puramente processual (garantia), evoluiu para proteger também direitos materiais. É a denominada *substantive due process*. (cf. WILLOUGHBY, 1938, p. 726). Autores há, como John Hart ELY (apud CHEMERINSKY, 1997, p. 421), que afirmam que se falar em *substantive due process* é uma verdadeira con-

tradição em termos. *Due process* só pode ter – dizem os partidários dessa corrente – conotação processual. Mas o fato é que a maioria dos autores, com arrimo na jurisprudência consolidada da Suprema Corte americana, tem o *substantive due process* como um dos esteios dos direitos e garantias individuais. A *substantive due process-clause* implica, nesta perspectiva, a necessidade de o poder público ter que justificar, mostrar a razoabilidade da subtração da vida, da liberdade ou da propriedade de alguém. “O *substantive due process* cura da existência de justificação suficiente para o ato de governo”²⁷.

O *justice* Harlan procurou mostrar em *Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 540, 541 (1961)*, que a cláusula, caso fosse tomada só como garantia processual, seria ineficaz na defesa contra leis que pusessem em risco a vida, a liberdade e a propriedade do indivíduo. Sintetizou, invocando *Hurtado v. California*:

“Assim, as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da Magna Carta e considerada como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania, também se transformaram neste país numa (verdadeira) barreira contra a legislação arbitrária”.

Na área administrativa, a Suprema Corte não tem sido muito rigorosa com a aplicação da cláusula do devido processo legal²⁸. Admite que se contorne a regra do *audiatur et altera pars*, pelo menos quando se trata de início do processo administrativo²⁹. Em se tratando de direitos constitucionais, as decisões das *administrative agencies* ou mesmo da administração direta (*executive officers*) podem ser atacadas por meio de procedimentos judiciais.

No tocante à revisão judicial de questões decididas por tribunais militares, há divergência na Corte. Em *In Re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946)*, julgado em plena Segunda Guerra Mundial, a Suprema Corte não conheceu, ainda que por votação divergente, de pedido de *certiorari*. Também indeferiu ordens de *habeas-corporis* para revisão de julgado

militar, que condenara um japonês por crime de guerra. O mesmo tornou a repetir-se em *Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. 763 (1950), com votos vencidos de Douglas, Black e Burton. Em *Burns v. Wilson*, 345 U.S. 137, 140, 141, 146, 147, 148, 150, 153 (1953), a Corte denegou pedido de revisão de julgamento feito por tribunal militar da Ilha de Guam, no qual se alegava violação de direitos fundamentais.

A partir da década de 1960, a liberdade sexual atingiu seu ápice. Homens e mulheres, que até então se mantinham escondidos em seus bastidores, presos a seus tabus e costumes de milhões de anos, soltaram-se. Passaram a reivindicar o direito de ser diferente da maioria em matéria de comportamento sexual. Em 1982, na cidade de Atlanta, Michael Hardwick foi (pego, substituir por apanhado???) pela polícia *nudus cum nudo in eodem lecto*. Pela lei da Geórgia³⁰, cometera o crime de sodomia. Foi preso e humilhado. Alegando violação das Emendas Constitucionais IX e XIV (*due process of law*), Hardwick entrou com uma ação. Perdeu em primeiro grau. Ganhou no segundo. Bowers, procurador-geral do Estado, logrou obter *certiorari* na Suprema Corte. Por maioria apertada, a Corte teve a lei como constitucionalmente válida. O advogado de Hardwick foi o conceituado professor Laurence Tribe, que afirmou que a única razão encontrada pela Corte para manter a constitucionalidade da lei fora o fato de os legisladores estaduais terem entendido, por maioria, que praticar sodomia ofendia a moral pública. Ironicamente, arrematou:

“Por conseguinte, a questão relevante não é o que Michael Hardwick estava fazendo na privacidade de seu próprio quarto de dormir, mas o que o Estado da Geórgia estava fazendo lá”³¹.

Por causa da importância do caso, diversas entidades representativas, como a *Catholic League for Religious and Civil Rights*, a *Lesbian Rights Project* e a *National Gay Rights Advocates*, foram admitidas como *amici curiae*. Pelo Colegiado, falou o *justice*

White. Houve votos lavrados em apartado. Muita notícia histórica veio a furo. Burger mesmo lembrou, em seu voto, que na Inglaterra desde Henrique VIII existia lei incriminando a sodomia. Na Geórgia, formalmente a figura típica apareceu em 1816, com reiteraões posteriores (1984). Chegou-se a invocar, para manutenção da constitucionalidade da lei georgiana, a consagração do crime pelo *common law*, o que ia de encontro às conquistas do direito penal moderno. Votaram com White, Burger, Powell, Rehnquist e O’Connor. Divergiram: Blackmun, Brennan, Marshall e Stevens. O voto de Stevens foi primoroso. Ele soube apanhar o Ministério Público da Geórgia, recorrente de *certiorari*, nas malhas da *equal protection of laws*: se não havia crime de sodomia em relação heterossexual de casados, por que haveria entre solteiros do mesmo sexo? BLACKMUN (apud TRIBE, 1988, p. 1425), ao consignar seu voto divergente, lembrou que “(...) o direito de as pessoas se acharem seguras em seus lares, expressamente garantido pela Emenda n. quatro, é talvez o mais textual das diversas provisões constitucionais que embasam nosso entendimento de direito de privacidade”.

Agora, em junho de 2003, as denominadas *sodomy laws* foram declaradas inconstitucionais. O fato se repetiu no condado de Harris, no Texas: John G. Lawrence e Tyron Garner foram flagrados em sodomia pela polícia de Houston. Condenados por um *justice of the peace*, requereram um *de novo*. Foram novamente condenados. Apelaram. Não lograram melhor sorte. Entraram com pedido de *certiorari*, que foi admitido no final de 2002. No histórico julgamento de 26 de junho de 2003, a Suprema Corte derrubou o entendimento firmado anteriormente (*Bowers v. Hardwick*). *Justice* Kennedy falou pela maioria. Ficaram vencidos Scalia, Rehnquist e Thomas. Houve alguns votos lavrados em apartado. Anthony Kennedy, em seu voto, frisou que “o Estado não pode rebaixar suas existências (dos recorrentes)

ou controlar seus destinos, transformando suas condutas sexuais privadas em crime”.

10. Bill of Attainder

Por causa de suas ligações íntimas com a cláusula do devido processo legal, vamos fazer rápidas considerações sobre duas outras cláusulas que se acham engastadas nas seções 9 e 10 do art. I da Constituição: *bill of attainder* e *ex post facto law*.

A seção 9 do art. I diz: “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed”. Essa proibição, dirigida ao legislativo federal, é estendida aos Estados na seção 10: “No State shall... pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or...”.

O que se deve entender por um *bill of attainder*? Trata-se de provimento legislativo que pune determinada pessoa ou um grupo de pessoas sem o devido processo legal judicial³². Haveria usurpação de função própria do judiciário pelo legislativo, com o fito de punir alguém³³. Aliás, uma das razões, de natureza histórica, para a inserção da cláusula na Constituição, estaria em impedir que o legislativo tomasse o lugar do judiciário na punição de pessoas [*United States v. Brown*, 381 U. S. 440 (1965)].

Para que se configure um *bill of attainder*, “a lei deve ser uma punição imposta pela legislatura sobre uma pessoa específica ou um grupo particular de pessoas” (CHEMERINSKY, 1997, p. 363). Nos Estados Unidos não se faz – como se faz na Inglaterra – distinção entre *bill of attainder* e *bill of pains* ou *bill of penalties*. Às vezes, um *bill of attainder* decreta a morte de alguém; em outras, apenas o confisco de sua propriedade [*Fletcher v. Peck*, 10 U. S. (6 Cranch) 87, 138 (1810)]. Pouco importa: se se trata de ato legislativo com o fito de punir alguém determinado, estamos diante de um *bill of attainder*.

Na Inglaterra do passado, lançava-se mão, com certa frequência, de *bills of attainder* ou de *bills of pains* nos casos em que a vítima estava fora do alcance da jurisdição inglesa ou não tinha como ser condenada judicial-

mente (cf. COOLEY, 1931, p. 354 e seg.). Há notícias de emprego de *bill of attainder* desde 1321. No reinado de Henrique VIII, o Parlamento preferiu esse odioso instrumento em vez do instituto do *impeachment*. Thomas Wolsey (1471-1530), Thomas Cromwell (1489-1540), Katherine Howard (1520-1542)³⁴ e o Duque de Norfolk (1473-1554)³⁵ e muitos outros foram punidos mediante *bills of attainder* (NEW advent, 2003).

A Suprema Corte americana teve como *bill of attainder* lei do Congresso, de 24 de janeiro de 1865, que exigia do servidor público, no momento da posse, jurar que jamais pegaria em armas contra os Estados Unidos ou daria ajuda voluntária a seus inimigos³⁶. Em 1946, a mesma Corte também considerou *bill of attainder* ato da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) que privou de vencimentos três servidores tidos por subversivos [*United States v. Lovett*, 328 U. S. 303 (1946)]. Em *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U. S. 425 (1977), a Corte entendeu que uma lei federal – *Presidential Recordings and Materials Preservations Act* –, que mandou custodiar as fitas e os papéis do presidente Richard Nixon, não configurava um *bill of attainder*. Doutrinariamente, essa decisão pode ser questionada, uma vez que houve confisco individual e punição (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 365). Em *Fleming v. Nestor*, 363 U. S. 603 (1960), a Suprema Corte considerou constitucional lei que privava um estrangeiro, deportado por ideologia comunista, dos benefícios previdenciários a que ele faria jus (aposentadoria por idade).

11. A ex post facto-clause

Vamos, agora, abordar a *ex post facto-clause*. Famoso ficou o axioma de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), o fundador da ciência penal moderna alemã, “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”³⁷. Hodiernamente, as legislações de todos os povos civilizados não mais admitem a retroatividade de leis penais, salvo para beneficiar. Há notícias de que na corte de

Afonso IX, em 1188, já se havia consagrado o princípio da reserva legal (cf. NORONHA, 1981, p. 77). Mas, de qualquer sorte, só com o advento da *Magna Carta* é que o princípio da legalidade começa a aparecer para ganhar corpo no século XVIII. A Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776³⁸, e as Constituições de outros Estados norte-americanos consagraram o princípio da legalidade. A *Déclaration des droits* de 1789 é mais precisa na formulação do princípio da anterioridade da lei penal:

“Art. 8 (...) nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée”³⁹.

Em *O federalista* (n. 84), HAMILTON (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 624 e seg.) esclarece a motivo da inserção da cláusula *ex post facto*:

“A definição de crimes após a consumação do fato – ou, em outras palavras, sujeitar as pessoas a punições por atos cometidos quando não eram proibidos por lei – e a prática de prisões arbitrárias têm sido, através dos tempos, os instrumentos favoritos e mais poderosos da tirania.”

Como leciona Joseph Story em seus *Commentaries*, quando se fez a Constituição, entendia-se que a cláusula *ex post facto* era abrangente, impedindo a retroatividade de leis também no campo civil (cf. KILLIAN; BECK, 1987, p. 382). Todavia, em *Calder v. Bull*, 3 Dall. (3 U.S.) 386, 390 (1798), a Suprema Corte decidiu que a cláusula protegia tão-somente o processo penal. É evidente que o entendimento do que seja “punição” é amplo. Alguns exemplos: em *Ex parte Garland*, 4 Wall. (71 U.S.) 333 (1867), a Corte disse que a exigência prévia de juramento do advogado de que não participara da guerra contra a União (*The War of Rebellion*) violava a cláusula da irretroatividade de lei, uma vez que a lei instituíra punição para fatos passados. Já em *Murphy v. Ramsey*, 114 U.S. 15 (1885), a vedação legal de que polígamos votassem foi considerada constitucional:

a lei não infligia uma pena ao polígamo, mas estabelecia mera desqualificação eleitoral. Lei que permitiu o cancelamento de naturalização fraudulenta após o cometimento da fraude não foi considerada *ex post-facto law* [*Johannessen v. United States*, 225 227 (1912)].

Em 2000, a Suprema Corte, por seis votos contra três, entendeu que não violava a *ex post facto-clause* a alteração legal de prazo, após a ocorrência do *factum criminis*, para pedir a concessão de livramento condicional. Robert Jones, que já cumpria pena por homicídio, conseguiu fugir da prisão e cometeu novo homicídio. Foi sentenciado à prisão perpétua pelo segundo crime (1982). De acordo com a lei do Estado da Geórgia, o detento tinha o direito de requerer livramento condicional após sete anos. Se negado, poderia, no prazo de três anos, tornar a pedir o *beneficium*. Após haver Jones cometido o segundo homicídio, em 1982, foi alterado o prazo para oito anos. Robert Jones ajuizou ação, alegando violação da Constituição. Perdeu na primeira instância. Ganhou na segunda. Tornou a perder na Suprema Corte. O “relator” foi o *justice* Anthony M. Kennedy, que entendeu que a simples majoração de prazo para submeter-se pedido de concessão de livramento condicional não feria a cláusula de irretroatividade de lei penal. Ficaram vencidos os juízes Stevens, Souter e Ginsburg⁴⁰.

12. A cláusula equal protection. O quota system nas universidades e no trabalho. Dificuldades. Exageros. O caso *United States v. Paradise*. Impasse na execução da sentença. O histórico caso de *Homer Plessy*. A doutrina falaciosa do Igual, mas Separado. O marco *Brown v. Board of Education*. A de jure segregation na Universidade do Mississippi

Falaremos, agora, um pouco sobre a cláusula *equal protection of the laws*, que se acha explícita na Emenda n. XIV. A Emenda n. V não fala expressamente em “equal protecti-

on of the laws”. Acontece que a cláusula “due process of law”, em sua generalidade, também abrange o princípio da isonomia. Trata-se, tecnicamente, de extensão jurisprudencial (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 527). O *chief justice* Taft, ao votar em *Truax v. Corrigan*, 257 U. S. 312, 332, 333 (1921), bem encareceu a maior amplitude da cláusula do devido processo legal. Os legisladores da Emenda n. XIV não se teriam contentado só com a cláusula *due process*. Fizeram questão de incorporar o “espírito de igualdade” (*spirit of equality*) numa garantia específica, que veio a ser a *equal protection of laws clause*, sem prejuízo da proteção genérica da cláusula do devido processo legal (WILLOUGHBY, 1938, p. 822 e seg.). Em *Buckley v. Valeo*, 424 U. S. 1, 93 (1976), a Corte decidiu que “discrimination may be so unjustifiable as to be violative of due process” (CHEMERINSKY, 1997, p. 527). Efetivamente, não faria sentido a União Federal exigir dos Estados-Membros observância do princípio da igualdade perante as leis e, quanto a si, dispensá-la. Daí a jurisprudência da Suprema Corte ter, desde cedo, ampliado a abrangência da cláusula *due process of law*.

Desde Platão e Aristóteles que se tem ligado a igualdade à justiça. Se a última – a justiça – é de difícil conceituação, o mesmo não acontece com a primeira (PERELMAN, 1996, p. 213). Aristóteles, para justificar a escravidão, partia da desigualdade dos homens⁴¹. Cícero e Sêneca, diferentemente, defendiam a tese de que todos os homens, por serem dotados da razão, tinham capacidade de atingir a virtude, sendo, por conseguinte, livres e iguais.

A “igualdade de tratamento”⁴² é fácil, pois puramente aritmética. Se eu tiver “x” e três pessoas a quem distribuir, pratico a igualdade dando “x/3” para cada uma. O difícil está em saber a quem aquinohar, ou o quanto aquinohar. Se se leva em consideração “quem” recebe e “por que” recebe, a distribuição não pode ser aritmeticamente igualitária: os méritos são diferentes, os trabalhos são desiguais, a necessidade de um é o

dobro da do outro e assim por diante⁴³. Afastados os devaneios filosóficos, a questão, como se percebe, é política. A lei é que vai valorizar a situação de cada um, dizendo quem deve receber, e o que deve receber. Como são os homens, e não os anjos que fazem as leis, a dificuldade permanece. A lei, então, deve preocupar-se com os fatores que desigualam para que ela possa ser mais igualitária. Comumente, a lei, ao estabelecer os critérios diferenciadores, superestima ou subestima, ou ambos, os traços conotadores.

A partir da queda do *Ancient Régime*, as Constituições passaram a contemplar a igualdade formal. A *Déclaration* francesa de 1789 reservou dois dispositivos concernentes à igualdade perante a lei:

“Article Premier. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune”.

“Art. 6. (...) Elle (a lei) doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents”⁴⁴.

No Antigo Regime, o rei vendia ou contemplava seusapaniguados com cargos ou títulos nobiliários. A nobreza e o clero não estavam sujeitos a tributos, ou os tinham beneficentemente diferenciados. A Revolução Francesa e a Revolução Americana vieram para acabar com tudo isso. Abolidos foram os privilégios de sangue ou estamento. A lei devia ser igual para todos, quer na proteção, quer na punição. Trata-se da denominada “igualdade de tratamento”⁴⁵. No andar do tempo, as próprias Constituições e leis infraconstitucionais passaram a contemplar a denominada “igualdade de situações”: a lei leva em conta não a igualdade, mas a desigualdade dos contemplados.

O poder de nomeação para cargos públicos, que já vinha do Regime Antigo, foi sempre um excelente instrumento para politicalha no Brasil. O governo que entrava nomeava seus protegidos. Só com a Constituição de 1934 (art. 168) é que se conseguiu institucionalizar o acesso aos cargos públicos por meio de concurso público⁴⁶. O sistema adotado passou a ser o do mérito, por meio de provas e títulos⁴⁷. Atenta aos novos tempos, porém, a Constituição brasileira de 1988 rompeu com a tradição, ensejando que deficientes físicos tivessem tratamento diferenciado por meio de quotas: “Art. 37, VIII, – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Como se vê, essa regra específica quebrou o princípio maior do “merit system”. Outro exemplo está na Lei (brasileira) n. 10.558/2002, que instituiu o “Programa Diversidade na Universidade”. Por meio desse programa, os “grupos socialmente desfavorecidos, em especial os ‘afrodescendentes’ e os ‘indígenas’, podem ser contemplados com bolsas, prêmios ou dinheiro para que freqüentem universidades”⁴⁸. Como se percebe, é a lei tentando derrubar as “barreiras culturais”, dando tratamento diferenciado a pessoas que, por circunstâncias sociais e econômicas, ficaram intelectualmente a reboque. Seus arautos argumentam que se se aplicar cegamente a fórmula do mérito intelectual para se prover cargo público ou ingressar no ensino superior, grande maioria dos menos favorecidos dificilmente teria acesso, dificultando ainda mais a nivelação democrática. Nesse particular, a Constituição da República portuguesa é vanguardeira: dedica um capítulo aos “Direitos e deveres culturais”, dizendo em seu art. 74º. 1. que “todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidade de acesso e êxito escolar”⁴⁹.

O “excesso de isonomia” tem levado a verdadeiros absurdos jurídicos e a injustiças em relação à maioria.

Nos Estados Unidos, sobretudo a partir da incrementação das denominadas “affirmative actions” (governo L. B. Johnson), tem vindo à tona a questão do “quota system”. Em 1967, o Congresso baixou uma lei de proteção e incentivo ao trabalho de pessoa acima dos 40 anos de idade. Trata-se do *Age Discrimination of Employment Act*. (cf. HOWARD, 1994, p. 125). A partir daí, seja por questões raciais, físicas, sexuais, etárias, mentais etc., floresceu uma verdadeira indústria advocatícia apoiada na discriminação. O pavor de ações judiciais por discriminação se alastrou no meio patronal americano. Tudo era motivo para uma boa demanda... Houve caso até de uma negra de pele mais clara (brancarrona), que ocupava cargo de chefia, ser processada por discriminação racial no local de trabalho... Nos tribunais federais, mais de 10% da massa processual (*caseload*) diz respeito a ações por discriminação (HOWARD, 1994, p. 134). A *Civil Rights Act* de 1991 incentivou ainda mais demandas judiciais por *equality of opportunity in the workplace* (HOWARD, 1994, p. 142).

Casos interessantes e até bizarros têm vindo, desde então, à tona: instalação de cabinas sanitárias em local público (*public toilets*) no centro de Nova York para usuários de cadeiras de rodas, adaptação de elevadores em ônibus para movimentação de paraplégicos, substituição de maçanetas de portas para deficientes físicos, freqüência escolar de retardados mentais etc. Os custos públicos são altos, com prejuízo manifesto para a maioria. Até que ponto é válida a aplicação de tais leis?

As características específicas que diferenciam as pessoas perante a lei na maioria das vezes têm apoio na raça, na origem (nacionalidade), no sexo, na incapacidade física e na idade.

Um exame mais atento nos mostra que, no fundo, é a diferença cultural e econômica que leva à discriminação racial. A “raça” que está em melhores condições culturais e econômicas passa a se afastar e, progressivamente, a repudiar a raça “inferior”.

Quanto à discriminação, a Suprema Corte dos Estados Unidos se tem mostrado rigorosa quando se acham em jogo direitos fundamentais. Foi o caso de uma lei do Estado de Oklahoma, julgada inconstitucional, que mandava esterilizar quem fosse condenado por três ou mais vezes por crimes considerados de “torpeza moral” (cf. CHEMERINSKY, 1997, p. 532). A Corte (William Douglas) disse que o direito de procriação advinha da liberdade do homem. “O poder de esterilizar, se exercido, pode ter efeitos sutis, de alcance não previsto e devastadores”⁵⁰.

Dos fatores diferenciadores, o étnico e o da nacionalidade de origem do discriminado têm sido os mais comuns e, conseqüentemente, os mais agitados nos tribunais. Os casos são inúmeros. Vêm de longe. Depois do 11 de setembro de 2001, então, o preconceito e a desconfiança contra povos de origem árabe aumentaram assustadoramente.

Conhecida é a humilhação que um dos maiores homens, Gandhi, sofreu na África do Sul (Transval e Estado Livre de Orange) quando foi atuar como advogado num processo judicial. As leis locais proibiam pessoas de pele escura saírem sem autorização da polícia entre nove horas da noite e seis da manhã, bem como andar na calçada das ruas. Gandhi chegou a ser derrubado do passeio e chutado (GANDHI, 19--?, p. 112).

No tocante à jurisprudência americana, vamos, mais a título de ilustração, pegar um ou outro caso. Em *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. (10 Otto), 303 (1879), teve-se por inconstitucional lei estadual que só admitia como jurado “homem, branco, com mais de 21 anos de idade”. A Suprema Corte considerou inconstitucional tal provimento, uma vez que impedia cidadão de mais de vinte e um anos de servir como jurado por fator racial. Mais recentemente, em *Campbell v. Louisiana*, 523 U. S. 392 (1998), a Suprema Corte teve a exclusão de negros de painel de jurados como causa suficiente para viciar indiciamento de branco... O caso é peculiar. Merece registro. Um branco, de sobrenome

Campbell, foi indiciado por homicídio pelo *grand jury* de Evangeline Parish (Louisiana). Não concordou. Entrou com ação judicial alegando que a decisão havia violado as cláusulas do *due process* e da *equal protection*: sistematicamente os jurados negros – que perfaziam 20% do eleitorado local – eram recusados como jurados na hora de composição do júri⁵¹. Perdeu. O tribunal de apelação deu provimento ao recurso. A Suprema Corte estadual, todavia, reverteu o julgamento, afastando a pecha de inconstitucionalidade. Na Suprema Corte, em decisão unânime, o júri foi anulado. Anthony Kennedy, que falou pelo Colegiado, argumentou que o “réu tinha legitimidade para litigar se seu indiciamento fora conseguido por meios ou processos contravenientes ao devido processo”. Um indiciado branco tem direito de duvidar da lisura e imparcialidade de um *grand jury* que adota método de discriminação racial na seleção de seus jurados (OYEZ, 2003?). Outro caso envolvendo a exigência da seriedade e imparcialidade da instituição do júri popular está em *Batson v. Kentucky*, 476 U. S. 79 (1986). Durante o julgamento de pessoa de cor (Batson), acusada de *burglary*⁵² e receptação, a acusação (*prosecutor*) ameaçou recusar quatro negros para a composição do corpo de jurados. Powell falou pela Suprema Corte, dizendo que a atuação do órgão acusador havia violado as Emendas ns. VI e XIV da Constituição: a discriminação racial na seleção de jurados, além de privar o acusado de seus direitos fundamentais, também “minava a confiança pública na lisura de nosso sistema de justiça” (OYEZ, 2003?).

Outro caso diz respeito a provimento legal que vedava negros de morarem em bairros de brancos, e vice-versa (cf. KILLIAN; BECK, 1987, p. 1748)⁵³.

Muitos Estados sulistas não admitiam negros em repartições públicas ou mesmo na força policial. Foi o que se deu em *United States v. Paradise*, 480 U. S. 149 (1987). Trata-se de julgado que mostra a imiscuição do

judiciário na administração pública a pretexto de diminuir a discriminação racial no ingresso e promoção na força pública, bem como a relutância de entidade pública em cumprir a decisão judicial. O voto vencedor foi conduzido por Brennan, com o apoio de Marshall, Blackmun, Powell e Stevens. Os dois últimos – Powell e Stevens – lavraram votos apartados. Divergiram: O’Connor, White, Rehnquist e Scalia (FINDLAW, 2003). Desde quando criado o Departamento de Segurança Pública do Estado do Alabama (*Alabama Department of Public Safety*), não se havia admitido negros em seus quadros. Em 1972, a Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor (NAACP)⁵⁴ aforou uma ação na justiça federal de primeira instância, alegando maus-tratos à Emenda n. XIV. O juiz federal Frank M. Johnson reconheceu a procedência da violação, asseverando que, diante das circunstâncias fáticas, a corte tinha o dever de eliminar a discriminação que já vinha desde a instituição da corporação, 37 anos atrás. Em decorrência, expediu uma ordem determinando que, para cada branco admitido na corporação, fosse admitido um negro, até que o número dos discriminados atingisse 25% do total da tropa. Os réus apelaram. A segunda instância (*Fifth Circuit*) negou provimento à apelação, asseverando que a sentença de primeiro grau não havia, ao contrário, criado situação violadora das cláusulas *due process* e *equal protection*. Ademais, a ordem judicial de “admissão de um por um” (*one-for-one hiring*) tinha efeito temporário, e vinha sanar injustiça pretérita. A execução da sentença foi acompanhada de uma série de embaraços administrativos, entre eles a diminuição do contingente da tropa. Em setembro de 1979, os autores da ação judicial alegaram preterição na promoção. A corporação contra-argumentou que, para se chegar aos 25% da tropa, ter-se-ia que admitir nada menos que 37,5% de negros, o que seria inviável. Em 1983, após marchas e contramarchas, os autores da ação insistiram com o juiz federal para que, na promoção

para cabo, fosse observada a mesma proporção: um branco/um negro. A corporação “aceitou” que em quinze vagas para cabo, quatro fossem reservadas para não-brancos. Os autores discordaram. O juiz federal então disse que doze anos já se tinham passado, e o caso não estava solucionado a contento. No posto de major, por exemplo, não havia nenhum negro; vinte e cinco eram os capitães, nenhum negro; todos os 35 tenentes eram brancos; sessenta e cinco eram os sargentos, todos brancos. Dos 66 cabos, apenas quatro eram de cor. Tudo isso mostrava que o “cenário antecedente é intolerável e não deve continuar. O momento chegou para a corporação (*Department*) dar passos positivos e substanciais a fim de abrir as fileiras superiores a soldados negros”⁵⁵. Desse modo, durante certo tempo, metade das promoções deveriam ser reservadas a policiais de cor, desde que devidamente qualificados. A questão chegou à Suprema Corte por meio de *certiorari*. A recorrente foi a União Federal. O *justice* Brennan manteve a decisão recorrida, ponderando:

“O remédio aqui imposto é uma medida efetiva, temporária e flexível. Ela só se aplica se os negros aptos forem aprovados, somente se o Departamento demonstrar necessidade objetiva de promover, e somente se o Departamento falhar em implementar um processo de promoção que não tenha um impacto negativo nos negros”⁵⁶.

Uma das sugestões da dissidência foi para se utilizar como critério a proporção de negros na população ou na força de trabalho.

Muitos são os casos envolvendo segregação racial em meios de transportes. O mais célebre deles é, sem dúvida, *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896), quando a Suprema Corte sustentou a sofisticada doutrina do “Separado, mas Igual” para cancelar judicialmente o que a sociedade de então exigia, mesmo fugindo ao espírito da Constituição e de suas Emendas. No Estado sulino da Louisiana havia sido feita uma lei que obri-

gava a separação de brancos e negros em vagões de estrada de ferro. Homer Plessy, um negro que ali residia, resolveu desafiar o *establishment*. Adquiriu bilhete e entrou num vagão para brancos. Assentou-se. Minutos depois estava preso. Seu caso foi parar na Suprema Corte (Henry B. Brown), que sustentou a esdrúxula tese do *Separate, but Equal*: desde que os negros tivessem “iguais acomodações”, não se poderia falar em “discriminação”, mas apenas em “segregação”. Em *Mitchell v. United States*, 313 U. S. 80 (1941) e em *McCabe v. Atchison, T. & S. F. Ry.* 235 U. S. 151 (1914), a Corte teve como violadores da *Interstate Commerce Law* proventos que estabeleciam carros-dormitórios ou carros-restaurantes só para brancos (cf. KILLIAN; BECK, 1987, p. 1749).

A questão de ingresso de negros em estabelecimentos de ensino para brancos oferece um sem-número de julgamentos. A partir de 1938, com *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U. S. 337 (1938), a Corte começou a abandonar a doutrina do “Separado, mas Igual”. Em 1950, no caso *Sweatt v. Painter*, 339 U. S. 629 (1950), ficou assentado que só na aparência uma faculdade de negros era igual a uma de brancos. Com o famoso caso *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954), caiu por terra a doutrina do *Separate, but Equal*. A votação foi unânime, graças à habilidade do presidente (*chief justice*) Earl Warren. No Estado do Kansas, a menina Linda Brown teve sua matrícula recusada em curso primário (para brancos) por ser de cor. Seu pai ajuizou ação, alegando violação da *equal protection-clause*. Warren convenceu seus pares de que, no fundo, a segregação desenvolvia nas crianças um sentimento de inferioridade, que as acompanharia pelo resto de suas vidas. Indagava: “Isso é justo?”. Não era⁵⁷.

Não obstante as decisões proferidas em 1954 e 1955 nos casos *Brown v. Board of Education*, em alguns Estados permanecia, no fundo, a *de jure segregation*, isto é, segregação advinda de normas (legais ou internas do estabelecimento de ensino). Foi o que

ocorreu com a tradicional Universidade do Mississippi, criada em 1848. A Universidade não tomara reais providências para acabar com o *dual university system*. Permaneceu “neutra”. Cinco de suas unidades eram ocupadas maciçamente por brancos, contra três, ocupadas predominantemente por negros. Registre-se, por oportuno, que só em 1962 é que um único negro logrou, assim mesmo por força de decisão judicial, ingressar na Universidade. Em 1975, a Universidade foi acionada ao argumento de que nada fazia para, efetivamente, acabar com a segregação racial. Ali ainda vigia a velha e superada *separate, but equal-doctrine*, com escolas para brancos e escolas para negros. O desfecho do caso só se deu em 1992, com *United States v. Fordice*⁵⁸. O *justice White* falou pela Corte. Houve apenas um voto, assim mesmo de discordância parcial, que foi de Scalia (LEGAL information institute, 2003). A Corte, então, dentro da linha firmada em *Brown v. Board of Education*, lembrou que um Estado só cumpriria seus deveres constitucionais se erradicasse definitivamente sua política e prática imposta pelas regras do *dual system*, que continuava a fomentar a segregação racial (LEGAL..., 2003).

Outro caso que merece menção, por envolver indiretamente minoria racial em faculdades, é de um estudante branco, Allan Bakke, que, por duas vezes, teve sua matrícula recusada na Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis). A Universidade, dentro do programa de quotas, reservara dezesseis lugares para negros em cada cem vagas. Bakke alegou que suas notas escolares eram maiores do que as dos contemplados pelo programa. Seu caso foi parar na Suprema Corte dos Estados Unidos [*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978)]. Com o voto de Lewis Powell, Bakke acabou tendo sua matrícula confirmada. Todavia, não se conseguiu orientação jurisprudencial na decisão⁵⁹. Em *Fullilove v. Klutznick*, 448 U. S. (1980), porém, a maioria, ainda que não muito expressiva (6 X 3), foi alcançada no

tocante à constitucionalidade de provimento que, cumprindo programa de *affirmative actions*, estabelecia quotas para o setor de construções. No meado da década de 1970, verificou-se que menos de 1% de verba pública federal era destinada pelos Estados e Municípios ao incremento de empresas com capital proveniente de minorias raciais. Os não-brancos, porém, constituíam entre 15% e 18% da população. Com base em tais dados, o Congresso baixou provimento legislativo ensejando a criação da MBE (*Minority Business Enterprise*), determinando que um mínimo de 10% do fundo federal fosse destinado ao incentivo de empresas constituídas de pelo menos 50% de sócios que pertencessem a grupos raciais minoritários (negros, hispânicos, orientais, indianos, esquimós, aleutas etc). Ao argumento de que a MBE violava a cláusula da *equal protection of laws*, um grupo de construtores ajuizou ação na justiça federal de primeiro grau (*U. S. District for the Southern District of New York*). Perdeu. Houve apelação (*Second Circuit*). Nova sucumbência. O caso alcançou a Suprema Corte por meio de *certiorari*. O *chief justice* Burger falou pela Corte, frisando que o caso ali submetido a julgamento era daqueles que exigia exame mais acurado. “O Congresso” – disse –, “depois da devida consideração, percebeu a necessidade premente de se buscar novos acessos no esforço contínuo para atingir a meta da igualdade de oportunidade econômica”⁶⁰.

13. Outros casos envolvendo questões raciais. Korematsu v. United States. Chineses e lavanderias. Tentativas legais de evitar-se o inter-relacionamento sexual entre negros e brancos

Evidentemente, o preconceito racial, embora mais centrado no negro, era contra o “não-branco” (*non-white*), ou melhor, contra o *non-Wasp*⁶¹. Casos envolvendo chineses, coreanos, hispânicos, japoneses são numerosos. Vamos noticiar alguns. Come-

çamos com *Yick Wo v. Hopkins*, julgado em 1886. Na cidade de S. Francisco, foi baixado um provimento municipal condicionando alvará para instalação de lavanderia ao arbítrio de determinados funcionários. A Suprema Corte entendeu que a *ordinance* em si nada tinha de inconstitucional. Sua nulidade, todavia, estava na discricionariedade concedida a determinadas autoridades administrativas na escolha não só dos locais, mas das próprias pessoas. Firmou-se, então, uma doutrina, aplicada muitas vezes mais tarde, de que não bastava à lei ser aparentemente imparcial se ela, no fundo, ensejava ao administrador público, na hora de sua aplicação, “dois pesos e duas medidas de modo tal a poder fazer discriminações injustas e ilegais entre pessoas em situações semelhantes”⁶².

No célebre caso *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944)⁶³, mais de 100.000 japoneses ou nipo-descendentes – crianças e adultos – foram confinados em campos de concentração no interior dos Estados Unidos, ao argumento de que poderiam ajudar o Japão na guerra contra os aliados. Belicamente, o confinamento não se justificava. “Somente a raça foi usada para determinar quem deveria ser arrancado (de seus lares) e encarcerado, e quem deveria permanecer livre” (CHEMERINSKY, 1997, p. 553). A Corte teve como constitucional o Decreto n. 9.066, de Franklin Delano Roosevelt, que permitiu ao general John De Witt arrebanhar os “japoneses” que viviam na costa oeste. Pela mesma razão, a ordem que determinava o toque de recolher de nipo-americanos durante a Segunda Guerra foi considerada constitucional [*Hirabayashi v. United States*, 320 U. S. 81 (1943)].

Há muitos casos relativos a casamentos, guarda de filhos ou simples *interracial cohabitation*. Foi o que se deu em *McLaughlin v. Florida*, 379 U. S. 184 (1964). Uma lei da Flórida apenava com prisão de até doze meses, e multa até 500 dólares, coabitação entre pessoas de cor e brancos, desde que não fossem casadas entre si⁶⁴. O propósito

da lei – segundo seus defensores – era acabar com o *adultery and fornication* e impor a *sexual decency*. A Suprema Corte anulou as penas, sem entrar no mérito (White). Stewart e Douglas entenderam que, no fundo, a cláusula da *equal protection* ficara ferida pela lei, uma vez que, se a coabitação se desse entre pessoas de mesma cor, o preceito legal não seria aplicado.

Mais um caso da Flórida [*Palmore v. Sidoti*, 446 U. S. 429 (1984)], provocado por guarda de filho: Linda Palmore e Anthony Sidoti, ambos brancos, divorciaram-se. A filha do casal, de três anos, ficou com a mãe. Tempos depois, o pai (Anthony) pediu a guarda da criança, ao fundamento de que sua ex-mulher estava morando com um negro. Na Suprema Corte (Burger), a votação foi unânime. A Corte, depois de reconhecer que, embora a questão do preconceito racial pudesse vir a afetar mais tarde a menina, não havia justificativa constitucional capaz de impedir à mãe natural de ficar com sua filha (FINDLAW, 2003).

Notas

¹ A tradução foi livre. No original: “If any person intermarry with a colored person, or any colored person intermarry with a white person, he shall be guilty of felony and shall be punished by confinement in the penitentiary for not less than one nor more than five years” (THE MULTIRACIAL activist, 2003).

² *In casu*, o enquadramento racial por continente faz lembrar a teoria de Johann F. Blumenbach (1752-1840), pioneiro da antropologia física, que, no final do século XVIII, classificou as raças em caucásica, mongólica, americana e malaia (cf. RECASÉNS SICHES, 1965, p. 377).

³ Tradução livre. No original: “Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix” (THE MULTIRACIAL..., 2003).

⁴ Em 24 de setembro de 1789, o presidente George Washington indicou o nome de John Jay para presidir a Suprema Corte. A primeira sessão, marcada para o dia 1º de fevereiro de 1790, não se realizou por falta de *quorum*: dos cinco membros, só havia três juízes (cf. CUSHMAN, 1993, p. 3).

⁵ A cláusula *equal protection* da Emenda n. XIV se acha intimamente ligada à Emenda n. XIII (1865) e à Emenda n. XV (1870). A Emenda n. XIII aboliu a escravidão; a Emenda n. XV impede discriminação eleitoral em razão de “raça, cor ou de prévio estado de servidão”.

⁶ A linha divisória entre uma confederação e uma federação nem sempre é nítida. O próprio Estado federal pode apresentar maior ou menor frouxidão integrativa entre suas unidades (cf. ZIPPELIUS, 1984, p. 222). Mas, de qualquer sorte, toda federação se caracteriza como uma pessoa política perante aos Estados-Membros, dispondo, como tal, dos instrumentos jurídico-políticos da “execução federal” e da “intervenção federal” (cf. SCHMITT, 19--?, p. 438).

⁷ Segundo o último censo (2000), os negros são numericamente superados pelos hispânicos, que alcançam 13% da população norte-americana; os asiáticos, 4% (HISPÂNICOS já são principal minoria nos EUA, 2003, p. A12).

⁸ A CRA (*Civil Rights Act*) tem desde então sofrido alteração, como em 1957, 1960, 1964, 1977 e 1991. O título VII da CRA está no volume 42 do *United States Code* (EEOC: Equal Employment Opportunity Commission, 2003).

⁹ Na França, embora em circunstâncias diferentes, ocorreu o mesmo fenômeno: o Conselho Constitucional da Constituição de 1958 tinha por objetivo frear o Legislativo. A partir de 1971, todavia, foi assumindo novo papel na proteção dos direitos fundamentais (cf. LUCHAIRE, 1982, p. 57).

¹⁰ *Corrigan v. Buckley*, 271 U. S. 323, 330 (1926); *United States v. Wheeler*, 254 U. S. 281, 298 (1920). Para maiores detalhes sobre os *Civil Rights Cases*, ver TRIBE (1988, p. 1693 e seg.).

¹¹ No original: *Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person with its jurisdiction the equal protection of the laws.*

¹² O quaker William Penn recebeu a *charter for the colony* em 1681. Conta-se que ele havia proposto dois nomes para sua colônia: Nova Gales (*New Wales*) ou Silvânia (*Sylvania*). O rei Carlos II, todavia, em sua homenagem, preferiu *Pennsylvania* (FORREST, 2003).

¹³ Constituição da Confederação Suíça: “Art. 43. Qualquer cidadão de um cantão é cidadão suíço” (ALENCAR; CERQUEIRA, 1987, v. 2). BRASIL: É interessante averbar que tanto a Carta de 1824 (art. 6º) quanto a Constituição de 1891 (art. 69) falavam em “cidadãos brasileiros”. A Constituição de 1988, sobre a rubrica “nacionalidade” (art. 12), só fala em “brasileiros”.

¹⁴ O caso *Dred Scott* é apontado como um dos fatores que desencadeou a *Civil War*. Coube ao *chief justice* Roger B. Taney falar pela Corte. Sob o aspecto jurídico, Taney, dentro do espírito da época, entendeu que a escravatura estava mantida pela Constituição, que garantia o direito de propriedade (daí a inconstitucionalidade do *Missouri Compromise*). Apenas dois juízes – Benjamin R. Curtis e John McLean – dissentiram. Curtis foi proclamado um “herói” pelos abolicionistas. Taney, por questão de divulgação prévia de voto pela imprensa, por parte de Curtis, acusou o colega de açular a opinião pública contra a Corte. Desgostoso, Curtis, em 1º de setembro de 1857, oficiou ao presidente James Buchanan, pedindo sua exoneração (cf. CUSHMAN, 1993, p. 156 e seg.). TOCQUEVILLE (1998, p. 393 e seg.), que escreveu a segunda parte de *A Democracia na América* em torno de 1840 (antes, pois, da Emenda n. XIV), faz uma análise profunda e minudente do escravo nos Estados Unidos. Mostra que era mais fácil mudar as leis do que os costumes. Assim, ainda que alguns Estados do Norte tivessem legalmente abolido a escravidão, o preconceito racial ali continuou mais vivo do que no Sul. Esse fato pode ser facilmente constatado nas decisões da Suprema Corte, como se verá mais para frente: o preconceito permanecia nos Estados do Norte. BRASIL: Nossa Carta política de 1824 não continua uma linha sequer sobre a escravidão. Era como se não existisse. O próprio Teixeira de Freitas, quando fez sua notável Consolidação das Leis Civis, embora tenha reconhecido a hediondez da instituição, preferiu contemplá-la à parte, no que ele denominou “Código Negro” (cf. NABUCO, 2000, p. 90). NABUCO (p. 13 e seg.) observa que nos Estados Unidos o abolicionismo teve cunho religioso, humanitário. No Brasil, diferentemente, suas raízes foram políticas. Por outro lado, no Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, o negro não era considerado “raça inferior”. Fazia “parte integrante do povo brasileiro” (NABUCO, p. 14). Quanto ao índio, no governo do Marquês de Pombal, a miscigenação foi incentivada por lei (Alvará de 14/04/1755). Anos depois (1808), é verdade, foi expedida carta régia permitindo a preagem do índio e sua utilização gratuita (cf. PRADO JÚNIOR, 2000, p. 95). Nos Estados Unidos, o índio foi sempre tratado como estranho. Com as grandes tribos se celebravam “tratados”.

¹⁵ Uma lei (federal) de 1793 – *The Fugitive Slave Act* – mandava que o juiz determinasse a reintegração do escravo fujão. Em 1842, uma decisão da Suprema Corte considerou inconstitucional lei estadual que impedia o uso de força para captura de escravo foragido, uma vez que a Constituição garantia o direito de propriedade [*Prigg v. Pennsylvania, U. S. (16 Pet.) 539 (1842)*].

¹⁶ A legislação ficou conhecida como *Missouri Compromise* (cf. COOLEY, 1931, p. 315).

¹⁷ (...) *the people of the different states in this union, the free inhabitants of each of these states, paupers, vagabonds and fugitives from Justice excepted, shall be entitled to all privileges and immunities of free citizens in the several states...* (COMMAGER, 1958, p. 111).

¹⁸ *Baldwin v. Montana Fish & Game Comm., 436 U. S. 380 (1978)*.

¹⁹ *Corfield v. Coryell, 6 Fed. Cas. 546 (No. 3230) (C.C.E.D. Pa. 1823)*.

²⁰ Neste caso – *Paul v. Virginia* –, a questão principal gravitava em torno da possibilidade de o legislativo estadual fixar, por conta e risco, normas sobre seguro. Entendeu-se que a política de seguros não era comércio inter-estadual, não sendo, pois, matéria regulável pelo Congresso (*PAUL v. Virginia, 2003*).

²¹ *Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973)*.

²² O direito romano, é certo, conheceu somente o homem como *persona*. Às entidades coletivas davam-se os nomes de *collegium, corpus, universitas* etc. Com o passar do tempo, já na época clássica, as entidades coletivas ou massas de bens começaram a ser personificadas. Assim se falava em *universitas bonorum* e *universitas personarum* (cf. PEREIRA, 1974, p. 258). BRASIL: O Código Civil brasileiro preferiu a nomenclatura adotada pelo BGB alemão: pessoas naturais (*natürliche Personen*) e pessoas jurídicas (*juristische Personen*). Nos Estados Unidos não é incomum, quando se quer precisar, usar-se a expressão *natural person*. O BLACK’S (BLACK; CONNOLLY; NOLAN, 1979) conceitua: “In general usage, a human being (i.e. natural person), though by statute term may include a firm, labor organizations, partnerships, associations, corporations, legal representatives, trustees, trustees in bankruptcy, or receivers”.

²³ Nos países de direito anglo-saxônico, o precedente judicial veio para limitar o *arbitrium iudicis*; nos países de direito romano-germânico, ocorreu o contrário: tirou-se a força dos precedentes, limitando o juiz à lei, já que ela exprimia a “vontade geral da nação” (cf. LATORRE, 1978, p. 90).

²⁴ O direito norte-americano não se confunde com o direito inglês, embora ambos tenham como fundo o *common law*. Por outro lado, diferenciam, e muito, um do outro: nos Estados Unidos, o precedente judicial é menos rígido do que na Inglaterra

(cf. PIZZORUSSO, 1987, p. 166, 172-173). Conferir, ainda, SÈROUSSI (2001, p. 94, 109). Nos Estados Unidos, os juízes, muitos provindos do magistério universitário, procuram conformar as leis à Constituição, o que não se dá na Inglaterra (cf. DAVID, 1953, p. 294 e seg.).

²⁵ O próprio DAVID (1953, p. 300), porém, ressalva que está havendo, por outro lado, uma preocupação acentuada com a sistematização dos conceitos, o que colocaria o direito estadunidense como “um Direito intermediário entre o grupo do *Common Law* e o grupo do Direito francês”.

²⁶ O tema já foi objeto de mais de um artigo do autor (MACIEL, 2000, p. 229). Cf. MACIEL (1994a, 1994b).

²⁷ *In other words, substantive due process looks to whether there is a sufficient justification for the government's action* (CHEMERINSKY, 1997, p. 420).

²⁸ BRASIL: No Brasil, por força do disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição, o qual garante expressamente no “processo judicial ou administrativo” ampla defesa e contraditório, os tribunais têm anulado decisões que não seguem de perto o devido processo.

²⁹ *Opp Cotton Mills v. Administrator*, 312 U.S. 126, 152, 153 (1941).

³⁰ *Georgia Code*, § 16-6-2. Pena máxima: vinte anos de prisão.

³¹ *Therefore, the relevant question is not what Michael Hardwick was doing in the privacy of his own bedroom, but what the State of Georgia was doing there* (TRIBE, 1988, p. 1428).

³² REHNQUIST (1987, p. 166) assim conceitua o instituto: “A bill of attainder was a legislative act that singled out one or more persons and imposed punishment on them, without benefit of trial”.

³³ BRASIL: No Brasil de nossos dias tivemos autênticos *bills of attainder* com os atos revolucionários de cassação de parlamentares, juízes, políticos e cidadãos em geral. O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, por exemplo, no art. 4º, conferia ao presidente da República o poder de “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”. Não se tinha para quem apelar, pois as portas do judiciário estavam fechadas aos atingidos pelas medidas excepcionais.

³⁴ Katherine Howard, que era prima de Ana Bolena, foi a quinta mulher de Henrique VIII.

³⁵ Thomas Howard, o terceiro duque de Norfolk, embora tenha apoiado o divórcio de Catarina de Aragão e Henrique VIII, caiu em desgraça. Foi acusado de alta traição: catolicismo. Um *bill of attainder* do Parlamento decretou sua decapitação. Foi, porém, salvo pela morte do rei (THOMAS Howard, 2003).

³⁶ *Ex parte Garland*, citado por WILLOUGHBY, (1938, p. 457).

³⁷ Sobre Feuerbach, consultar a *The Columbia Encyclopedia*, 6th ed., 2001 (BARTCEBY: great books online, 2003).

³⁸ Art. 8. *That in all capital or criminal prosecution a man hath a right to ... that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers.*

³⁹ BRASIL: Desde nossa Carta política de 1824 (art. 179, 11) que se consagra o princípio da irretroatividade da lei penal. A Constituição de 1988, no art. 5º, depois de anunciar o princípio da reserva legal (inc. II), declara no inc. XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A seguir (inc. XL), reforça: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁴⁰ *Garner v. Jones*, 529 U. S. 244 (2000) (OYEZ, 2003?).

⁴¹ Os motivos que levaram à instituição da escravidão no Mundo Antigo foram bem distintos daqueles do mundo moderno. No primeiro caso, havia “qualquer coisa de fatal, necessário e insubstituível” (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 110, nota de rodapé n. 16). No segundo caso, apenas a cobiça, o lucro.

⁴² Laurence TRIBE (1988, p. 1437 e seg.), distingue o direito de “tratamento igual” (*equal treatment*) do direito de “tratamento como um igual” (*treatment as an equal*): “The right to equal treatment holds with respect to a limited set of interests – like voting – and demands that every person have the same access to these interests as every person. Note that this right to equal treatment clearly does not operate with respect all interests; any such universal demand for sameness would prevent government from discriminating in the public interest. On the other hand, the right to treatment as an equal holds with regard to all interests and requires government to treat each individual with equal regard as a person”.

⁴³ BOBBIO (2000, p. 300) diz que dos três critérios – segundo o trabalho, segundo a capacidade e segundo a necessidade – o último – segundo a necessidade – é o mais justo.

⁴⁴ A Lei Fundamental de Bonn, que traz a virtude da síntese e precisão, diz em seu art. 3º: “(I) *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*” (Todos os homens são iguais perante a lei”). BRASIL: Na esteira da Constituição francesa de 1791, a Carta brasileira de 1824 dizia no art. 179: “13) A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Todas nossas Constituições e Cartas contemplaram o princípio da isonomia. A Constituição de 1988 dispõe no *caput* do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei (...)”.

⁴⁵ PERELMAN (1996, p. 214) distingue seis modalidades de “justiça distributiva”: “a cada qual, a mesma coisa, a cada qual segundo seu

mérito, segundo suas obras, segundo suas necessidades, segundo sua posição, segundo o que a lei lhe atribuir”.

⁴⁶ “Art. 168. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir”. Hoje na Justiça do Trabalho, por exemplo, o número de juízas tende a se igualar ao de juizes. Em 2000, havia 1.092 homens e 978 mulheres (SUPREMO Tribunal Federal, 2003). É oportuno lembrar, com PERELMAN (1996, p. 415 e seg.), que a Corte de Cassação da Bélgica, há pouco mais de cem anos (11/11/1889), entendeu que “o serviço da justiça era reservado aos homens”, negando o registro de mulheres nos quadros da ordem dos advogados. O conservadorismo judicial prevaleceu mesmo após o advento de lei autorizativa (07/04/1922) de inscrição de mulheres como “avoué”: decisão do mesmo tribunal, de 29/05/1945, obstou o registro feminino até que se fizesse melhor interpretação da lei concessiva do direito... (PERELMAN, 1996, p. 416).

⁴⁷ A Lei Fundamental de Bonn é expressa: “Art. 33, 2. Todos os alemães têm igual acesso a qualquer cargo público, de acordo com sua aptidão, capacidade e eficiência profissional” (*Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte*).

⁴⁸ A Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em abril de 2002, aprovou, à unanimidade, projeto do senador José Sarney, que estabelece quotas para negros ou pardos (20% das vagas, no mínimo) para o ingresso em cargos públicos e universidades públicas ou privadas (MUNDO negro, 2003).

⁴⁹ CANOTILHO (1987, p. 402) observa que tais preceitos de igualdade de oportunidade, êxito escolar etc até então não foram cumpridos ou, se foram-no, o foram erradamente.

⁵⁰ “The power to sterilize, if exercised, may have subtle, far-reaching and devastating effects” [*Skiner v. Oklahoma*, 316 U. S. 541 (1942)].

⁵¹ A “*standing aside juro*” consiste na recusa injustificada por parte da acusação no momento de formar o painel de jurados. Conferir verbete do BLACK’S (BLACK; CONNOLLY; NOLAN, 1979).

⁵² No Direito Penal brasileiro, não existe um tipo equivalente. Modernamente, a *burglary* implica, com ou sem quebra de obstáculo, a invasão de residência ou edifício com o intuito de cometer ilícito penal. Algumas legislações estaduais classificam o delito em três graus (cf. BLACK; CONNOLLY; NOLAN, 1979).

⁵³ *Buchanan v. Warley*, 245 U. S. 60 (1917); *Harmon v. Tyler*, 273 U. S. 668 (1927) e *Richmond v. Deans*, 281 U. S. 704 (1930).

⁵⁴ Antes de ser indicado para a Suprema Corte, Thurgood Marshall foi advogado da NAACP (FINDLAW, 2003?).

⁵⁵ “The preceding scenario is intolerable and must not continue. The time has now arrived for the department to take affirmative and substantial steps to open the upper ranks to black troopers”.

⁵⁶ Tradução livre: “The remedy imposed here is an effective, temporary, and flexible measure. It applies only if qualified blacks are available, only if the Department has an objective need to make promotions, and only if the Department fails to implement a promotion procedure that does not have an adverse impact on blacks”.

⁵⁷ Em 1959, o presidente Eisenhower indicou Potter Stewart para ocupar a vaga deixada por Burton. Na Comissão de Constituição e Justiça (*Judiciary Committee*), ao ser sabatinado, Stewart disse que manteria a doutrina desenvolvida em *Brown v. Board of Education*. Isso foi suficiente para que senadores sulistas provocassem o retardo de sua confirmação pelo pleno do Senado (cf. TRIBE, 1986, p. 108).

⁵⁸ *United States v. Fordice*, 505 U. S. 717 (1992).

⁵⁹ TRIBE (1985, p. 222) lembra que seria simplesmente temerário inferir desse julgamento (Bakke) qualquer posição firme quanto à área da *equal protection*. Apenas Powell – lembra – afirmou que o sistema de quotas da universidade violara a cláusula *equal protection*.

⁶⁰ Tradução livre. No original: “Congress, after due consideration, perceived a pressing need to move forward with new approaches in the continuing effort to achieve the goal of equality of economic opportunity” .

⁶¹ White Anglo-Saxon Protestant.

⁶² A tradução foi inteiramente livre. No original: “(...) with an evil eye and an unequal hand so as practically to make unjust and illegal discriminations between persons in similar circumstances” (apud WILLOUGHBY, 1938, p. 824 e seg.).

⁶³ Ver *A sombra duradoura de Fred Korematsu*, artigo doutrinário do autor (MACIEL, 2000, p. 45).

⁶⁴ “Any Negro man and white woman, or any white man and Negro woman, who are not married to each other, who shall habitually live in and occupy in the nighttime the same room shall each be punished by imprisonment not exceeding twelve months, or by fine not exceeding five hundred dollars.”

Bibliografia

ALENCAR, Ana V. A. N.; CERQUEIRA, Laudiane de P. CONSTITUIÇÃO do Brasil e constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987. v. 1-2.

BARTLEBY: great books online. *The Columbia encyclopedia*. Disponível em: <http://www

.bartleby.com/65/fe/FeuerbP.html>. Acesso em: 2003.

BLACK, Henry C.; CONNOLY, Michel J.; NOLAN, Joseph R. *Black's law dictionary*. 5th ed. St. Paul Minn: West Publishing, 1979.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOUMAN, Mariane. *A biography of John Dickinson (1732-1808)*. Disponível em: <<http://odur.let.rug.nl/~usa/B/jdickenson/johnd1.htm>>. Acesso em: 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen Law & Business, 1997.

COMMAGER, Henry Steele (Ed.). *Documents of american history*. 6th ed. New York: Appleton-Century-Crofts, Inc., 1958.

COOLEY, Thomas M. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. 4th ed. Boston: Little, Brown and Company, 1931.

CUSHMAN, Clare (Ed.) *The supreme court justices: illustrated biographies: 1789-1993*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1993.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains: droit comparé*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1966.

_____. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1953. Versão espanhola de: Javier Osset.

EEOC: U. S. Equal Employment Opportunity Commission. *The VII of the civil Rights Act of 1964*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/viihtml>>. Acesso em: 2003.

FINDLAW: for legal professionals. *Landmark decisions: a century of change (1856-1955)*. Disponível em: <http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/landmark2.html>. Acesso em: [2003?].

_____. *U. S. Constitution: fourteenth amendment*. Disponível em: <<http://supreme.lp.findlaw.com/constitution/amendment14/01.html>>. Acesso em: 2003.

_____. *U. S. Supreme Court: Palome v. Sidoti*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=466&invol=429>>. Acesso em: 2003.

_____. *U. S. Supreme Court: United States v. Paradise*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=480&invol=149>>. Acesso em: 2003.

FERGUSON, John H.; McHENRY, Dean E. *The American federal government*. New York: McGraw-Hill Book Company, Inc., 1950.

FORREST, Tuomi J. *William Penn: visionary proprietor*. Disponível em: <<http://xroads.virginia.edu/~CAP/PENN/pnintro.html>>. Acesso em: 2003.

GHANDI, Mohandas K. *Autobiography: the story of my experiments with truth*. New York: Dover Publications, Inc. [19-?]. Versão para o inglês de: Mahadev Desai.

GUTTERIDGE, H. G., *El derecho comparado: introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salva, 1954.

HAMILTON, Alexander; MADISON, J.; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HISPÂNICOS já são principal minoria nos EUA. São Paulo, Folha de São Paulo, 22 jan. 2003.

HOBBSBAWN, Eric. *Tempos interessantes*. Tradução de S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HOWARD, Philip K. *The death of common sense: how law is suffocating America*. New York: Random House, 1994.

KILLIAN, Johnny H.; BECK, Leland E. (Ed.). *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*. Washington: Library of Congress, 1987.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978.

LEGAL information institute. *United States v. Fordice*. Disponível em: <[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[level+case+citation!3A\]\[group+thomas!3A\]\[level+case+citation!3A\]/doc/{@115098}/hit_headings/words=4?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[level+case+citation!3A][group+thomas!3A][level+case+citation!3A]/doc/{@115098}/hit_headings/words=4?)>. Acesso em: 2003.

_____. _____. Disponível em: <[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[level+case+citation!3A\]\[group+thomas!3A\]\[level+case+citation!3A\]/doc/{@115218}/hit_headings/words=4?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[level+case+citation!3A][group+thomas!3A][level+case+citation!3A]/doc/{@115218}/hit_headings/words=4?)>. Acesso em: 2003.

LUCHAIRE, François. *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Conseil Constitutionnel Français*. In: FAVOREU, Louis (Org.).

- Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Paris: Economica, 1982.
- MACIEL, Adhemar F. *Dimensões de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. *Due Process*. Braga: Associação Jurídica, 1994a. Separata de *Scientia Jvdrica*, n. 250-252, Jul./dez. 1994.
- _____. *Due process of law*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 124, ano 31, out./dez. 1994b.
- MAYERS, Lewis. *The american legal system: the administration of justice in the United States by judicial, administrative, military, and arbitral tribunals*. New York: Hasper & Brothers, 1955.
- THE MULTIRACIAL activist. *United States Supreme Court case: Lovin v. Virginia*. Disponível em: <<http://www.multiracial.com/government/loving.html>>. Acesso em: 2003.
- MUNDO negro: o site negro mais completo da web. Disponível em: <<http://www.mundonegro.com.br/noticias/index.php?noticiaID=60>>. Acesso em: 2003.
- NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000.
- NEW advent. *Catholic encyclopedia*: attainder. Disponível em: <<http://www.newadvent.org/cathen/02059c.htm>>. Acesso em: 2003.
- NORONHA, E. M. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.
- OYEZ: U. S. Supreme court multimedia. *Batson v. Kentucky*. Disponível em: <http://www.oyez.nwu.edu/cases/cases.cgi?command=show&case_id=32&page=abstract>. Acesso em: 2003.
- _____. *Campbell v. Louisiana*. Disponível em: <<http://www.oyez.org/oyez/resource/case/1099>>. Acesso em: 2003.
- _____. *Gorner v. Jones*. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/cases.cgi?command=show&case_id=1264&page=voting>. Acesso em: [2003?].
- PARENTI, Michael. *Democracy for the few*. 4th ed. New York: St. Martin's Press, 1983.
- PAUL v. Virginia. Disponível em: <<http://www.nils.com/rupps/paul-v-virginia.htm>>. Acesso em: 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 1.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Ariel S/A, 1987. Versão para o espanhol de: Juana Bignozzi.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *A formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Publifolha, 2000.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado de sociologia*. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. Rio de Janeiro: Globo, 1965. v. 1.
- REHNQUIST, William H. *The supreme court: how it was, how it is*. New York: Quill, 1987.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, [19- -].
- SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.
- SUPREMO Tribunal Federal. *Banco Nacional de dados do poder Judiciário: justiça especializada*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/bndpj/justica-especializada/JTrabalho9F_2000.asp>. Acesso em: 2003.
- TEACHING american history. *Fullilove v. Klutznick*. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?documentprint=91>>. Acesso em: 2003.
- THOMAS Howard: (3rd D. Norfolk). Disponível em: <[http://tudorplace.com.ar/Bios/ThomasHoward\(3Dnorfolk\).htm](http://tudorplace.com.ar/Bios/ThomasHoward(3Dnorfolk).htm)>. Acesso em: 2003.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. 2nd ed. Mineola: The Foundation Press, Inc., 1988.
- _____. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- _____. *God save this honorable court: how the choice of Supreme Court justices shapes our history*. New York: N. American Library, 1986.
- UMKC: University of Missouri, Kansas City. Disponível em: <<http://www.umkc.edu/faculty/project/trials/conlaw/loving.html>>. Acesso em: 2003.
- WILLOUGHBY, Westel W. *Principles of the constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis & Co, 1938.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 2. ed. Tradução de António Cabral de Moncada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.