

HIERARQUIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

A DOUTRINA DA POSIÇÃO PREFERENCIAL NA
JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

**Is there a hierarchy between Fundamental Rights?
The preferred position constitutional doctrine in the light of
Supreme Court line of decision**

Letícia de Campos Velho Martel *

Sumário: Introdução; 1. Informações preliminares: o devido processo legal substantivo e o teste da razoabilidade; 2. A doutrina da posição preferencial; 2.1. As etapas da doutrina da posição preferencial; 2.1.1. Primeira etapa: uma não-doutrina; 2.1.2. Segunda etapa: enunciações implícitas; 2.1.3. Terceira etapa: afirmação teórica; 2.2. O *compelling interest*; Conclusão; Referências.

Resumo: Este ensaio examina a questão da hierarquização dos direitos fundamentais à luz da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Para tal, explicita a doutrina¹ da posição preferencial, suas origens e seus rumos atuais, além de realizar um breve incursão na teoria do *compelling interest*, doutrina correlata àquela, sempre em atenção aos julgados da Corte Máxima estadunidense.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; hierarquia; direito constitucional norte-americano; devido processo legal substantivo.

Abstract: This essay has as main subject the Supreme Court preferred position constitutional law doctrine. In order to achieve this goal, it first explains the origins and actual questions concerning the preferred position doctrine, and after it operates a brief examination of the compelling interest doctrine, which is parallel to preferred position.

Keywords: Fundamental Rights, hierarchy, preferred position, American constitutional law, substantive due process of law.

* Mestre em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos, Supervisora de Pesquisa do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Coordenadora e Membro do NUPEC – Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania, financiado pelo Programa Grupos – UNESC.

1 A palavra *doutrina*, quando em itálico, não se refere às elaborações dos estudiosos do Direito e dos juristas sobre as normas jurídicas e decisões judiciais; com aquele destaque gráfico, assume o sentido que lhe dão os norte-americanos, ou seja, o de uma articulação teórica feita pelas Cortes de Justiça, em especial a Suprema Corte.

Introdução

É controversa a questão da possibilidade de se estabelecer uma categorização hierárquica entre os Direitos Fundamentais. De um lado, defende-se a impossibilidade de um escalonamento *a priori* dos Direitos Fundamentais, por dois motivos essenciais: a) a indivisibilidade dos Direitos Fundamentais, ou seja, a igual relevância e a igual fundamentabilidade de cada um deles, além do entrelaçamento das suas concretizações; b) o princípio da unidade da Constituição, ou seja, a noção de idêntica posição hierárquica das normas constitucionais, inclusive as enunciativas de Direitos Fundamentais. Por outro lado, defende-se que certos Direitos Fundamentais, por serem dotados de uma relevância intrínseca para o ser humano ou para a sustentação das bases democráticas e republicanas, podem, razoável e justificadamente, receber posição hierárquica superior ante a outros Direitos Fundamentais.

Neste artigo, expor-se-á a temática da hierarquização dos Direitos Fundamentais à luz da linha decisória da Suprema Corte norte-americana. Não serão discutidos, aqui, os diferentes posicionamentos doutrinários acerca do tema, tampouco serão trazidos à tona e debatidos os conceitos de unidade da Constituição, indivisibilidade dos Direitos Fundamentais ou da importância intrínseca. Esse ensaio visa apenas a demonstrar como a Suprema Corte estadunidense se comportou diante desta questão, as *doutrinas* que elaborou para enfrentá-la e como as aplica.

Para isso, a título de informações preliminares, abordar-se-á o *princípio* do devido processo legal substantivo, pois foi justamente nos casos nos quais ele figurou que a problemática da hierarquia entre Direitos Fundamentais exsurgiu diante da Suprema Corte. A seguir, explorar-se-á, com apoio nos casos julgados pela Suprema Corte, a *doutrina* da *posição preferencial*, a qual, como a própria denominação indica, enuncia uma categorização hierárquica entre Direitos Fundamentais. Será brevemente comentada, também, uma *doutrina* correlata à da *posição preferencial*, a *doutrina* do *compelling interest*.

1. Informações preliminares: o devido processo legal substantivo e o teste da razoabilidade

O *princípio* do devido processo legal, expresso na Quinta e na Décima Quarta Emendas à Constituição norte-americana, possui duas versões distintas, porém complementares entre si: a procedimental – *procedural due process of law* – e a substantiva ou material – *substantive due process of law*. Apenas esta versão, a substantiva, reserva importância para o assunto ora em tela.

A exata origem do devido processo legal substantivo não é conhecida. No entanto, pode-se tomá-lo como uma *doutrina construída* e aceita pela Suprema Corte na segunda metade do século XIX, com base em alguns precedentes e teorias inglesas do século XVII.² Segundo esta *doutrina* da Corte, o devido processo legal substantivo é um *princípio*³ constitucio-

2 Trata-se do *Dr. Bonham's Case* e dos escritos de Sir Edward Coke. Entrementes, é necessário pontuar que a origem do devido processo legal substantivo é bastante polêmica, havendo variados posicionamentos, dentre eles, o mais aceito, mencionado neste artigo. A respeito do tema, vide: BERGER, Raoul. **Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment**. Massachusetts: Harvard University Press, 1997. BERMAN, Harold J. The origins of historical jurisprudence: Coke, Selden and Hale. **Yale Law Journal**, 103, n.7, May 1994. p.1680 e ss; BITTAR, Orlando. **A lei e a constituição: alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade**. Brasília: Conselho Federal e Departamento de Assuntos Culturais, 1978, p11-209. (Obras Completas de Orlando Bitar. v.2), p. 85; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p.54-60; KEYNES, Edward. **Liberty, property, and privacy: toward a jurisprudence of substantive due process**. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1996, Cap. I; POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 138-140; McGEHEE, Lucius Polk. **Due process of law under the federal constitution**. 2nd ed., New York: Edward Thompson, 1980, p. 26; WOLFE, Christopher. **The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Rev. Ampl. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, p. 90-91; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 20. SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes Direitos da Humanidade - The Bill of Rights**. Trad. A. B. Pinheiro de Barros. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

3 O termo *princípio*, quando grafado em itálico, remonta à divisão das normas constitucionais em *regras e princípios*, distinção esta formulada pela Suprema Corte norte-americana na década de 1920 e difundida teoricamente por Ronald Dworkin, nos EUA, por Robert Alexy, na Alemanha, por J.J. Gomes Canotilho, em Portugal. Esta distinção tem sido recebida por vários publicistas brasileiros. Sobre o tema, vide: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 1. ed. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1995, p. 61-146; TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**.

nal que autoriza o Poder Judiciário, quando este realiza o controle de constitucionalidade, a penetrar no exame da razoabilidade dos atos normativos (legislativos, executivos ou judiciais) constritores dos Direitos Fundamentais sob sua tutela. Em outras palavras:

[...] o substantivo devido processo legal é um princípio-garantia constitucional, concretizador do devido processo legal genérico, que proíbe privações arbitrárias e desarrazoadas dos direitos de vida, propriedade e liberdade das pessoas, privações estas advindas do conteúdo das leis e dos atos executivos e das fundamentações das decisões judiciais, não importando quão razoáveis tenham sido os procedimentos empregados na aplicação dos atos constritores pelo órgão judicante, autorizando, assim, o Poder Judiciário a controlar a razoabilidade de tais atos normativos.⁴

Assim, através do *princípio* do devido processo legal substantivo, os juízes estão autorizados a perscrutar a razoabilidade do conteúdo dos atos legislativos e executivos cerceadores de Direitos Fundamentais, com esteio na *construção* judicial destes Direitos. O *princípio*, então, permite aos juízes que, ao debruçarem-se sobre a questão da constitucionalidade de um ato normativo deste tipo, ultrapassem o mero exame da compatibilidade formal e literal do ato com a Constituição, para averiguar, ainda, a razoabilidade da medida constritora.

O exame da razoabilidade ocorre, essencialmente, através do apreço da correlação existente entre os fins perseguidos pelo órgão do qual provém a medida constritiva de Direito Fundamental e os meios adotados para efetuar a constrição. Os fins podem corresponder à concretização de outro Direito Fundamental, ou ao exercício do poder de polícia, ou,

2. ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 1687-1682; CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional e a teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1086 e ss.; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p.43 e ss.; ROTENBURGH, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988* (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1991 p. 93 e ss.

4 MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: razão abstrata, funções e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense*. Florianópolis, 2001. 260 p. Dissertação. (Mestrado em Instituições Jurídico-Políticas). - Universidade Federal de Santa Catarina.

ainda, à concretização de outro princípio constitucional. O meio relaciona-se à forma escolhida para a constrição do Direito Fundamental, ou à própria constrição do Direito.

Com o intuito de estruturar a linha de motivação e de argumentação dos juízes na aferição da razoabilidade, a Suprema Corte, desde os primórdios da aplicação do devido processo legal substantivo, utiliza-se de um roteiro formal, um guia, intitulado *teste da razoabilidade*.⁵ A utilização do teste fornece aos julgadores e aos destinatários da decisão maior segurança e previsibilidade. O teste da razoabilidade admite a seguinte esquematização:

- a) Há privação de um Direito Fundamental?
 - a.1) O Direito Fundamental é tutelado pelo *princípio* do devido processo legal?
 - a.2) Existe efetivamente uma privação do Direito Fundamental provinda de um agente/órgão dotado de poder estatal?
 - a.3) Qual o grau desta privação?
- b) O fim almejado pelo Estado é legítimo, real e apto a justificar o meio?
 - b.1) Existe nexó de causalidade entre o meio escolhido e o fim pretendido?
 - b.2) Não existe meio alternativo menos intrusivo no Direito Fundamental hábil a conduzir ao fim pretendido?
 - b.3) o *fim* pretendido possui *peso* suficiente para justificar a constrição do Direito Fundamental?

Na primeira etapa do teste da razoabilidade (a), o julgador analisará, isoladamente, o Direito Fundamental. De início, verificará se ele é ou não tutelado pelo *princípio* do devido processo legal,⁶ para, em seguida,

5 O *teste da razoabilidade* foi formulado no final do século XIX, no caso *Lawton v. Steele*, no voto majoritário da lavra do Justice Brown. Desde lá, seja de forma explícita ou tácita, a Suprema Corte segue, basicamente, o roteiro argumentativo do *teste da razoabilidade*. Cf. *Lawton v. Steele*. 152 U.S. 133 (1894). KEYNES, Edward. Op. cit., p. 113. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit. p. 286.

6 O devido processo legal, como inscrito na Constituição dos Estados Unidos da América, tutela os direitos de *vida, propriedade e liberdade*, genericamente considerados. Como a redação é genérica, compreende-se que os termos encampam as especificidades, por exemplo, o termo *genérico* liberdade engloba as liberdades de expressão, de consciência, de culto, de associação, a privacidade, e assim sucessivamente; o termo vida não diz respeito apenas à oposição à morte, mas também inclui a qualidade e a dignidade de vida. No Brasil, o princípio do devido processo legal tutela a *liberdade* e os *bens* das pessoas, ambos genericamente considerados. Desta forma, pode-

examinar se existe efetivamente uma restrição deste Direito oriunda de um agente ou órgão estatal.⁷ Se as respostas a estes dois primeiros passos forem positivas, a apreciação da constitucionalidade da medida terá continuidade, caso contrário, sua constitucionalidade será declarada. O passo seguinte consiste na determinação do grau de privação do Direito Fundamental: a medida cerceia-o em grau leve, moderado, considerável, ou o inviabiliza absolutamente? Feita esta constatação, o julgador passará à próxima etapa do *teste*.

A segunda etapa (b) centra-se no exame do fim perseguido e do meio adotado e na ponderação (*balancing*) entre eles. Ou seja, primeiramente, o julgador aferirá isoladamente o fim e o meio, para, depois, se necessário, estabelecer, através da ponderação, qual dos dois deve preponderar no caso concreto. A análise do fim dar-se-á em relação às suas legitimidade e realidade. A legitimidade liga-se à base constitucional de sustentação do fim, isto é, à existência de permissão constitucional expressa ou implícita,

se entender que abarca todas as liberdades especificadas na Constituição, assim como a propriedade, incluída no termo *bens*, e, ainda, outros direitos fundamentais, como a *vida* (bem), e os direitos sociais (bens). A respeito do assunto no Brasil, vide: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Ática, 2000, Art. 5º, LIV; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 210; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30 e ss.; SILVEIRA, Paulo Fernandes. **Devido Processo Legal – Due Process of Law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, passim; CASTRO; Carlos Roberto de Siqueira. Op. cit., p.377-378 e anexos.

7 A verificação da presença do poder público, direta ou indireta, no cerceamento está ligada à doutrina da *state action*, ou seja, à tradicional idéia de que os Direitos Fundamentais são oponíveis contra e exigíveis do Estado, em todas as suas manifestações, e não dos particulares. No entanto, a doutrina da *state action* tem sofrido mitigações, abrindo caminho à chamada *horizontalidade* dos Direitos Fundamentais. No Brasil, também é tradicional a noção de que os Direitos Fundamentais são oponíveis e exigíveis do Estado, mas também tem sido veiculada a questão da *horizontalidade* dos Direitos Fundamentais. A respeito do tema, vide: TRIBE, Laurence H. Op. Cit. p. 1688 e ss.; ROTUNDA, Ronald D. **Modern constitutional law – cases and notes**. 4th ed., Minnesota: West Publishing Co., 1993; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit. p. 110 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A Constituição concretizada – construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163; U.S. Senate Document 103-6. **The Constitution of the United States of America**. Analysis and interpretation - annotations of cases decided by the Supreme Court of the United States. Prepared by Congressional Research Service. Library of Congress. Disponível em: «<http://www.access.gpo.gov/congress/senate/constitution/amdt5.html>». Acesso em: 22 maio 2001.

para o poder público, de perseguir aquele objetivo, individualmente considerado.⁸ No que toca à realidade, tem-se que o fim não deve ser meramente alegado pelo poder público como um simulacro para restringir um Direito Fundamental.⁹ Se o fim for legítimo e real, o julgador apreciará sua relação de causalidade com o meio, verificando se o meio escolhido efetivamente é hábil a conduzir ao fim pretendido. Se estabelecido este nexos, o julgador avaliará se, dentre os meios existentes para angariar o fim, não havia outro menos lesivo ao Direito Fundamental. Por fim, o julgador fará a ponderação propriamente dita, examinando, em face do caso concreto, se o fim possui peso suficiente para justificar o cerceamento do Direito Fundamental, levando em consideração, evidentemente, o grau de constrição deste, já aferido na primeira etapa do teste.

8 Assim, por exemplo, nos casos *Runyon v. McCrary* e *Wisconsin v. Yoder* a Corte considerou legítimos os fins almejados, que eram, respectivamente, o de evitar a discriminação racial e a segregação nas escolas, e o de promover a educação formal de crianças e adolescentes em escolas. Todavia, no caso *Loving v. Virginia*, a Corte reputou ilegítimos os fins pretendidos pelo estado da Virgínia, dizendo que estava fora de qualquer propósito concebível para um estado promover a integridade racial, a pureza do sangue e a manutenção do orgulho racial, e, em função disso, declarou inconstitucional a lei deste estado que vedava casamentos inter-raciais. Cf. *Runyon v. McCrary*. 427 U.S. 160 (1972). *Wisconsin v. Yoder*. 406 U.S. 205 (1972). *Adair v. United States*. 208 U.S. 161 (1908). *Loving v. Virginia*. 388 U.S. 1 (1967).

9 Assim, por exemplo, nos casos *Coppage v. Kansas* e *Lochner v. New York* foi dito que as leis alegavam a proteção da saúde e moral dos trabalhadores, propósitos legítimos, mas a Corte vislumbrou neles um objetivo escuso – a regulação salarial, este, à época, reputado fim ilegítimo. Em *Poe v. Ullman*, o Justice Harlam também encontrou um fim ilegítimo escondido atrás de um fim legítimo que fora alegado pelo legislador. Como fins sustentadores da medida que proibia o uso de contraceptivos por casais – casados ou não, o estado apontara a promoção da fertilidade e o evitar do adultério, e Justice Harlam, dizendo que estes dois fins eram legítimos, sugeriu que o que estava por trás dele era outro fim, a imposição da moralidade pessoal de algumas pessoas – que concebiam os anticoncepcionais como imorais – sobre a de outras. Ao se admitir a existência de um fim real ilegítimo por trás de um fim simbólico legítimo, tem-se a mesma situação de fim ilegítimo e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade do ato normativo constritor dos direitos protegidos pelo devido processo legal nele justificado. No entanto, em que pese o fato de os Justices fazerem os devidos esclarecimentos quando concebem um fim ilegítimo escondido sob o manto de um legítimo, parece raro pararem por aí o teste da razoabilidade. Na maior parte das vezes, seguem para a etapa seguinte, deixando entrever qual será sua conclusão. Pode-se buscar explicação para este fato na dificuldade de argumentar e, até mesmo, comprovar que o órgão que produziu o ato normativo não tenha agido de boa-fé, ou, em se tratando de órgãos com muitos membros, avaliar o que se passava na mente de cada um ao aprovar uma medida. Cf. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). cit.; *Coppage v. Kansas*. 236 U.S. 1 (1915). *Poe v. Ullman*. 367 U.S. 497 (1961).cit. Voto dissidente de Justice Harlam. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit., p. 292-293.

O teste da razoabilidade não é sempre aplicado nos mesmos moldes. Ele possui um duplo padrão (*double standard*). Num desses padrões, o teste da mera razoabilidade, usado para alguns casos, a Suprema Corte exigirá apenas uma – qualquer – correlação entre o fim perseguido e o meio estabelecido, reservando especial respeito pela escolha feita no órgão que editou a medida cuja razoabilidade é questionada. No outro padrão, denominado escrutínio estrito, aplicado em certos casos, a Suprema Corte fará um exame minucioso e delicado da medida constritora de Direitos Fundamentais cuja constitucionalidade está aferindo, e exigirá, para sua aprovação no teste da razoabilidade, a presença de uma relação clara e direta entre o fim perseguido e o meio selecionado. Nesta condição, todos os passos do teste da razoabilidade serão mais detalhados e exigentes, com menor deferência ao julgamento do órgão que editou a medida; enquanto naquela, a do teste da mera razoabilidade, todos os passos serão realizados de modo mais suave, com maior deferência ao julgamento do órgão editor do ato que constrange o Direito Fundamental. Conforme Ronald Dworkin:

A Suprema Corte distinguiu entre dois testes de que ela lança mão para decidir se o estado possui poder constitucional para limitar a liberdade dos indivíduos para perseguir alguma política ou objetivo coletivo. O primeiro é o teste do “interesse cogente”, que foi usado em *Roe v. Wade* e em outros casos nos quais liberdades constitucionais importantes estavam em perigo, e que permite que a liberdade seja restrita somente quando necessário à proteção de algum interesse estadual importante, neste caso, proibir abortos de fetos viáveis.

O segundo é o teste bem mais fraco da “relação racional”, que é usado no julgamento da legislação econômica, o qual requer apenas que a política do estado seja “válida” ou “legítima” e que exista alguma relação racional entre a redução da liberdade e o avanço daquela política.

[...] Na prática, a legislação estadual quase sempre é aprovada no fraco teste da relação racional, porque quase todas as leis podem mostrar-se relacionadas com algum objetivo que um estado pode perseguir. Mas a legislação restringindo a liberdade quase nunca é aprovada no teste do “interesse cogente”, porque se pode, invariavelmente, encontrar algum meio menos restritivo que serviria adequadamente a uma política estadual essencial. Proibir protestos de rua não-populares pode facilitar a manutenção da lei e da ordem nas ruas por um estado, por exemplo, mas isto não justificaria a proibição, porque protestos

políticos são protegidos pelo teste do interesse cogente e meios menos drásticos de prevenir desordens estão disponíveis.¹⁰

A escolha sobre qual padrão de exame judicial aplicar, dada sua importância para o resultado do teste, deverá ser fundamentada e argumentada. Além disso, para que ela não seja aleatória, sem escoras e sem bases, calcada meramente no compreender de cada juiz, a Suprema Corte entende que é a natureza do Direito Fundamental constrito que determina se o padrão será o da mera razoabilidade ou o do escrutínio estrito. Ao vincular os diferentes padrões do teste da razoabilidade ao exame da natureza do Direito Fundamental, a Suprema Corte está, na realidade, estabelecendo uma hierarquia entre os Direitos Fundamentais, e o faz através da *doutrina da posição preferencial*.

2. A doutrina da posição preferencial

Como visto, os *Justices* da Suprema Corte, ao avaliar a constitucionalidade de um ato normativo com base no devido processo legal substantivo, recorrem ao teste da razoabilidade. Dependendo da natureza do Direito Fundamental sob constrição, os julgadores aplicarão um padrão mais

10 DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University, 1996, p. 64. "The Supreme Court has distinguished between two tests it issues to decide whether a state has the constitutional power to limit the liberty of individuals in order to pursue some collective police or objective. The first one is the 'compelling interest' test, which is used in *Roe v. Wade* and in other cases where important constitutional liberties were at stake, and which permits liberty to be abridged with only when necessary to protect some important state interest, in this case preventing the abortion of viable fetuses. The second is the much weaker 'rational relationship' test, which is used in judging economic legislation, which requires only that the state's policy be 'valid' or 'legitimate' and that there be some rational connection between abridging liberty and advancing that policy. [...] Importa salientar que Dworkin menciona uma formulação intermediária destes testes que tem sido utilizada nas questões de gênero. Todavia, este padrão intermediário não é usual nos casos que envolvem o *substantive due process of law*, apresentando-se na formulação do teste para a *equal protection*. "In practice, state legislation almost always passes the weak rational relationship test, because almost any statute can be shown to be related to some goal a state is allowed to pursue. But legislation curtailing liberty almost never passes the 'compelling interest test', because some less restrictive means can invariably be found that would have adequately served any essential state policy. Prohibiting unpopular street protests might well make it easier for the state to maintain the law and order in the streets, for example, but that would not justify a prohibition because political protests are protected by the compelling interest test and less drastic means of preventing riots are available."

suave ou mais rígido do teste, isto é, usarão o teste da razoabilidade mínima ou o escrutínio estrito. Isso quer dizer que, em alguns casos, quando emprega o *balancing*, o julgador já o inicia colocando mais peso em um dos pratos da balança, justamente aquele que contém o Direito Fundamental.¹¹ Isso ocorrerá quando estiver em questão uma privação de um Direito Fundamental que ocupe *posição preferencial*.

A doutrina da *posição preferencial* significa, pois, a hierarquização dos Direitos Fundamentais protegidos pelo devido processo legal e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior *peso* de *per si*. Então, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de *posição preferencial*. Diante da privação destes, usar-se-á o escrutínio estrito; na ausência deles, usar-se-á o teste da mera razoabilidade.

2.1 As etapas da doutrina da posição preferencial

Por intermédio do estudo dos casos que envolvem o devido processo legal substantivo, é possível identificar três etapas da doutrina da *posição preferencial*. A primeira, na qual ela não era propriamente uma doutrina, nem uma teorização, mas era utilizada, liga-se à *Era Lochner*, à época do *economic substantive due process of law* (1898-1937). A segunda, na qual não havia uma teorização explícita da doutrina, mas a Corte estava aderindo a outras doutrinas – teste do perigo claro e iminente e incorporação seletiva – que, quando aplicadas, recaíam na hierarquização de Direitos Fundamentais, iniciou-se ainda na *Era Lochner*, nos idos de 1920. A terceira, na qual, além da aplicação, houve a formulação teórica explícita da doutrina, com a adoção da terminologia *preferred position*, ou *preferred freedoms*, ou, em menor escala, *preferred place*, iniciou-se nos casos *Carolene Products* e *Jones v. Opelika*. (1938- dias atuais) e está ligada ao *personal substantive due process of law*.¹²

11 Cf. WOLFE, Christopher. Op. cit., p. 247.

12 Nesse sentido: WOLFE, Christopher. Op. cit., p.248 e ss. Vide também *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938) e *Jones v. Opelika.* 316 U.S. 584. (1942).

2.1.1 Primeira etapa: uma não-doutrina

O primeiro período de aplicação do *princípio* do devido processo legal substantivo recebe a denominação de *Era Lochner*, ou *devido processo legal econômico*. Este período iniciou-se em 1898 e findou em 1937. Como nota essencial, pode-se destacar a intensa influência exercida pelo ideário do Estado Liberal na interpretação da Constituição norte-americana. O ponto característico da *Era Lochner* traduz-se nos embates ocasionados pelas primeiras intervenções do poder público nas searas social e econômica, através de atos normativos, com as concepções dos Direitos Fundamentais calcadas no aparato conceitual do Estado Liberal, e no posicionamento da Suprema Corte ao deslindar os casos que refletiam este choque. A compreensão da Suprema Corte sobre o devido processo legal substantivo atrelou-se, em grande parte, à concepção do Estado Liberal, as premissas da Corte para com as regulações econômicas e sociais que interferissem com a liberdade negocial e com a propriedade foram estreitas. Nessa esteira, várias leis e atos da administração com conotações interventoras na vida social e econômica que cerceavam a liberdade contratual ou a propriedade foram declaradas inconstitucionais, por irrazoáveis, com fulcro no devido processo legal substantivo.¹³

Nesta etapa, já é possível vislumbrar o início da *doutrina da posição preferencial*, não através de sua teorização, mas da aplicação de um padrão diferenciado do teste da razoabilidade em razão da oferta de *superioridade* a certos Direitos Fundamentais, quais sejam, as liberdades econô-

13 A adesão da Suprema Corte ao constitucionalismo *laissez faire* e a consentânea invalidação de medidas interventoras nas searas econômica e social animam o endereçamento de inúmeras críticas à Suprema Corte. Entrementes, há que se ter cautela na crítica. A Corte, de fato, tendeu a proteger o liberalismo econômico, mas não de forma tão exacerbada como apontam alguns comentaristas, destacando-se, no excesso, os autores pátrios. Há que se ter em mente, no exame da *Era do economic substantive due process of law*, três questões: a) durante este período, a Corte sustentou a maior parte das legislações regulatórias, pois não havia nada como uma proibição de regulação econômica; a Corte invalidava as desarrazoadas, mas não todas elas. O número de atos entendidos como inconstitucionais não ultrapassou os considerados constitucionais; b) como nas outras Eras, anterior e posterior, o comportamento da Corte não foi uniforme; por vezes assumia uma postura mais ativista, por vezes uma mais deferente. c) a Corte estava atenta a um fator externo: o grande contingente de *lobbies*, corrupção e rapinagem no processo legislativo, que favorecia a aprovação de *class legislation*. Cf. WOLFE, Christopher. Op. cit., p. 148 e ss.

micas, fundamentalmente a contratual, e a propriedade. Nas situações em que tais Direitos fossem constrictos por atos normativos, a Corte exigia que os *fins* almejados pelo poder público estivessem claros e diretamente relacionados aos meios adotados, aplicando o *escrutínio estrito*.¹⁴ Simultaneamente, nos casos envolvendo Direitos Fundamentais de índole não econômica, a Corte efetuava o teste da mera razoabilidade, sem exigir uma correlação clara, direta e insofismável entre o fim pretendido e o meio escolhido. Neste teste, era bastante que o fim apresentasse uma (qualquer) conexão razoável com o meio selecionados.¹⁵

Destarte, apesar da inexistência de uma base teórica para a hierarquização dos Direitos Fundamentais tutelados pelo devido processo legal, era prática da Corte introjetar nas liberdades econômicas e na propriedade um peso maior, uma posição avantajada em relação aos demais Direitos Fundamentais assegurados constitucionalmente e salvaguardados pelo princípio. Para aqueles, em razão de sua natureza, o teste da razoabilidade era mais forte e rigoroso, ao passo que, para estes, o *teste* era mais fácil e a apreciação menos criteriosa. Ora, foi justamente esta categorização hierárquica dos Direitos Fundamentais que contribuiu decisivamente para a característica econômica, distintiva do princípio do devido processo legal substantivo no interregno 1898-1937.

Em 1937, após muitos conflitos com o poder Executivo norte-americano, a Suprema Corte abandonou tal hierarquização, findando a Era econômica do devido processo legal substantivo. As liberdades econômicas e a propriedade deixaram de ocupar o mais alto posto dentre os Direitos Fundamentais. No entanto, a prática da Suprema Corte de

14 São exemplos notórios deste posicionamento da Suprema Corte os casos *Lochner v. New York*, *Coppage v. Kansas*, *Adkins v. Children's Hospital*, nos quais estavam em questão a constrição da liberdade contratual e da propriedade, e, portanto, a Corte aplicou o *escrutínio estrito*. Cf. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). *Coppage v. Kansas*. 236 U.S. 1 (1915). *Adkins v. Children's Hospital*. 261 U.S. 525 (1923).

15 São exemplos desta conduta da Suprema Corte os casos *Buchanan v. Warley*, *Meyer v. Nebraska*, *Pierce v. Society of Sisters*, *Gitlow v. New York*, nos quais estavam sendo cerceadas a igualdade entre negros e brancos, a liberdade de cátedra e de informação, a liberdade dos pais na educação de seus filhos e a liberdade de expressão, respectivamente. Cf. *Buchanan v. Warley*. 245 U.S. 60 (1917). *Meyer v. Nebraska*. 262 U.S. 390 (1923). *Pierce v. Society of Sisters*. 268 U.S. 510 (1925). *Gitlow v. New York*. 268 U.S. 652 (1925).

hierarquizar Direitos Fundamentais não terminaria, pois, durante a própria Era econômica, outros Direitos Fundamentais já estavam recebendo posição hierárquica superior.

2.1.2 Segunda etapa: enunciações implícitas

Desde o início da década de 1920, algumas vezes já se erguiam na Suprema Corte com o intuito de colocar no posto das liberdades econômicas e da propriedade outros Direitos Fundamentais. As vezes eram as dos *Justices* Holmes e Brandeis e os Direitos aos quais se referiam eram as liberdades da Primeira Emenda à Constituição norte-americana,¹⁶ com ênfase na liberdade de expressão. Estes posicionamentos marcaram o início de uma nova concepção da Suprema Corte, os quais se refletiram, também, sobre a *doutrina* da *posição preferencial*, dando azo à sua segunda etapa. Esta distinguiu-se pela enunciação ou pela aceitação, na Suprema Corte, de duas *doutrinas*, o teste do perigo claro e iminente, e a *doutrina* da incorporação seletiva. Nenhuma delas versava especificamente sobre a hierarquização de Direitos Fundamentais; todavia, suas aplicações ocasionavam o escalonamento de tais Direitos.

O teste do perigo claro e iminente foi formulado e articulado nos votos dissidentes dos *Justices* Holmes e Brandeis. Tratava-se de uma nova etapa a ser acoplada ao teste da mera razoabilidade, para os casos em que estivessem em jogo as liberdades da Primeira Emenda.¹⁷ Uma vez adicionado

16 Eis o texto da Primeira Emenda à Constituição norte-americana: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” U:S Constitution. Disponível em: «<http://supreme.lp.findlaw.com/constitution/amendments.html>». Acesso em: 23 maio 2002.

17 O teste do perigo claro e iminente foi formulado por Justice Holmes, em seu voto dissidente em *Abrams v. United States*. Segundo o teste, para que o exercício da liberdade de expressão fosse proibido, não se poderia apreciar seu teor – sua *má tendência*, seria necessário algo mais, um temor claro de que suas conseqüências danosas não seriam meras suposições futuras, mas reais e atuais, ou seja, a atividade discursiva deveria apresentar um potencial claro e iminente de deflagrar atos de violência. Em uma criativa metáfora, Holmes invocou a lógica abstrata do *economic substantive due process of law* para a liberdade de expressão, dizendo que é permitido às pessoas tentar mudar mentalidades, vendendo seus pensamentos no mercado das idéias, livres de intrusão governamental, a aceitação delas é um risco que a liberdade de expressão tem que correr, para merecer este nome. Enquanto não houver um perigo claro e iminente de atitudes violentas ou revoltas armadas, o discurso deve ser tolerado. Cf. *Abrams v. United States*. 250 U. S. 616 (1919),

ao teste da mera razoabilidade, o teste do perigo claro e iminente inseriria um grau de dificuldade maior, aproximando-o do escrutínio estrito. Atentando-se para este fato, perceber-se-á que ele significou uma forma de privilégio destes Direitos, já que, para o cerceamento deles, far-se-ia mister a existência de um perigo claro e iminente, enquanto, para os outros Direitos não-econômicos, bastaria a apresentação de qualquer motivo razoavelmente conectado ao seu cerceamento.

Além disso, neste mesmo ínterim, crescia na Corte a adesão à *doutrina* da incorporação seletiva. Esta *doutrina*, forjada ainda no século XIX, surgiu para solucionar um dilema interpretativo. A expressão *devido processo legal* está expressa em duas Emendas à Constituição norte-americana, na Quinta e na Décima Quarta. As primeiras dez Emendas desta Constituição – conhecidas como *Bill of Rights* – são limites ao governo nacional, enquanto a Décima Quarta é um limite aos governos estaduais. Assim, compreende-se que o devido processo legal da Quinta Emenda destinava-se ao governo nacional, e o da Décima Quarta, aos estaduais. No entanto, a quase totalidade dos Direitos Fundamentais estão situados nas oito primeiras Emendas e, portanto, seriam oponíveis apenas ao governo nacional. Assim sendo, a aplicação do devido processo legal substantivo resultava numa dicotomia jurisprudencial, pois a Corte aplicava o *teste da razoabilidade* em leis federais cerceadoras dos Direitos Fundamentais enumerados no *Bill of Rights*, mas não podia examinar lei idêntica, se ela fosse produto de um legislativo estadual. Esta situação levou a Suprema Corte a admitir que os termos genéricos vida, propriedade e liberdade, protegidos pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda, poderiam englobar os Direitos especificados no *Bill of Rights*, carregando-os para o cenário estadual.¹⁸

Entrementes, não são todos os Direitos expressos no *Bill of Rights* que são incorporados na Décima Quarta Emenda pela Suprema Corte. Então,

Voto dissidente do Justice Holmes. Vede ainda: *Gitlow v. New York*. 268 U.S. 616 (1919); *Whitney v. California*. 274 U.S. 357 (1927); *Fiske v. Kansas*. 274 U.S. 380 (1927); *Stromberg v. California*. 283 U.S. 359 (1931); Informe-se, por fim, que este *teste* não é mais utilizado. Sobre o tema, vede: RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. João Sedas Nunes. Lisboa: Presença, 1997.

18 Cf. McGEHEE, Lucius Polk. Op. cit., p. 33.

dentre os Direitos Fundamentais expressos, quais são os selecionados? A Suprema Corte salientou, no caso *Twining v. United States*, que somente seria seletivamente incorporado o Direito se as respostas às seguintes indagações fossem positivas: *O estado violou um princípio fundamental de liberdade e de justiça, inerente à idéia de governo livre e, portanto, um direito inalienável dos cidadãos? É o direito tão fundamental que sua recusa se consubstancia em uma recusa ao due process of law?*¹⁹ Esta abordagem da justiça fundamental passou a ser conhecido como *selective incorporation*, quer dizer, inserção seletiva dos Direitos Fundamentais expressos no *Bill of Rights* no devido processo legal da Décima Quarta Emenda, de acordo com a natureza do Direito e com *seu caráter de fundamentabilidade*.²⁰

Ora, pela própria enunciação da *doutrina da incorporação seletiva*, pode-se perceber que ela está calcada na *superioridade* de alguns Direitos Fundamentais em relação a outros. A sua aplicação, nas décadas de 1920 e de 1930, permitiu que as liberdades da Primeira Emenda fossem seletivamente incorporadas ao devido processo legal da Décima Quarta Emenda, ou seja, fossem transpostas do cenário nacional para os estaduais. Como estas liberdades estavam sendo selecionadas, dentre várias, em virtude da sua natureza, é possível entrever, com nitidez, que estavam recebendo posição de *superioridade*, dirigida somente a Direitos Fundamentais reputados essencialíssimos, cujo caráter de fundamentabilidade sobrepunha-se.²¹

19 Cf. SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., p. 200-204. WOLFE, Christopher. Op. cit., p. 268-270.

20 A incorporação é dita seletiva em dois sentidos: a) porque *seleciona* alguns Direitos do *Bill of Rights* e outros não; b) porque *seleciona* partes de uma garantia ou de um Direito do *Bill of Rights* e outras não. Cf. WOLFE, Christopher. Op. cit., p. 269-270; TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 773-774; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p. 105 e ss.

21 Interessa mencionar que, pouco a pouco, a Suprema Corte foi ampliando o rol de Direitos do *Bill of Rights* incorporados pelo devido processo legal da Décima Quarta Emenda. Em vista disso, hoje em dia, praticamente todos os Direitos contidos no *Bill of Rights* foram considerados incorporados. Mesmo assim, a Suprema Corte jamais admitiu formalmente que não há mais *incorporação seletiva*. A Corte segue utilizando e mencionado a *incorporação seletiva*, pois desta forma reserva-se, ainda, a possibilidade de retirar um Direito da proteção da Décima Quarta Emenda, desincorporando-o. Aduz-se que os Direitos hoje incorporados estão, na realidade, apostos nas oito primeiras Emendas, uma vez que a nona e a décima Emendas não enunciam Direitos, mas correspondem à cláusula de abertura e à determinação dos poderes delegados à União e dos reservados aos estados. TRIBE, Laurence H. Op. cit., p.775 e ss.; SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., p. 208; WOLFE, Christopher. Op. cit., p. 271.

De posse destas informações, conclui-se que, por um curto lapso (1920-1937), as liberdades econômicas, a propriedade e as liberdades da Primeira Emenda compartilharam um lugar privilegiado na hierarquia dos Direitos Fundamentais sob a guarida do devido processo legal. Consegue-se compreender, ademais, que as liberdades da Primeira Emenda estavam ocupando um papel mais elevado dentre os Direitos Fundamentais expressos no *Bill of Rights*, devido às formulações do teste do perigo claro e iminente e da incorporação seletiva, as quais, mesmo não mencionando expressamente a existência de uma hierarquia entre os Direitos Fundamentais, nela resultavam, ao serem aplicadas.

2.1.3 Terceira etapa: afirmação teórica

Apesar de a Suprema Corte empregar padrões diferenciados para o escrutínio da constitucionalidade dos atos normativos constritores de Direitos Fundamentais, esta técnica, até o final da década de 1930, não possuía um lastro teórico explícito. A fundamentação do duplo padrão do teste da razoabilidade foi formulada apenas no caso *Carolene Products*, julgado em 1938. Essa fundamentação está explicitada na nota de rodapé número quatro do voto majoritário do *Justice Stone*, a qual contém, em traços gerais, as bases da sustentação da *doutrina da posição preferencial*, tal qual utilizada até os dias atuais.

Na referida nota de rodapé, considerada *profética*, tanto pela adesão que recebeu como pela sua repercussão no Direito Constitucional norte-americano no futuro, o *Justice Stone* elaborou ressalvas às afirmações que fizera no corpo do texto de *Carolene Products*. No voto, o *Justice Stone* afirmou que as regulações das liberdades e da propriedade somente deveriam ser declaradas inconstitucionais quando nenhuma base razoável fosse vislumbrada na correlação entre meios e fins, e que a Corte não poderia exigir mais do que isso, e, assim, asseverou o abandono da noção de que, em relação a alguns Direitos Fundamentais, a Corte deveria exigir uma relação clara e direta entre os fins e os meios. Já na nota de rodapé, o *Justice Stone* mitigou o alcance das palavras do voto, buscando não estender o *princípio* que nele firmara a outros Direitos Fundamentais que não as liberdades econômicas e a propriedade. Então, ao passo que a *ratio decidendi*

estabelecida no voto conduzia ao fim do escrutínio estrito para certos Direitos Fundamentais, na nota de rodapé, Stone resguardou outros Direitos como aptos a ensejar o *escrutínio estrito, verbis*:

Deve existir um espaço mais estreito para a operacionalização da presunção de constitucionalidade quando a legislação recai facialmente em uma proibição da Constituição, como aquelas das dez primeiras Emendas, as quais são consideradas igualmente específicas quando agregadas à Décima Quarta.[...]

É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe aqueles processos políticos, dos quais pode-se ordinariamente esperar que causem repelência à legislação indesejada, devem ser sujeitas a um escrutínio mais rigoroso sob as proibições gerais da Décima Quarta Emenda do que a maior parte dos outros tipos de legislação. Restrições ao direito de voto [...]; à disseminação de informação [...]; à interferência com organizações políticas [...]; tanto quanto a proibição de assembléia pacífica [...]

Nem precisamos questionar se considerações similares adentram no controle de leis direcionadas a religiões particulares [...]; ou minorias raciais [...]; se o preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição particular que seriamente tende a restringir a operacionalização daqueles processos políticos aos quais ordinariamente fia-se a proteção das minorias, e por isso chamam por um inquérito judicial mais perspicaz [...].²²

Três tópicos essenciais foram ressalvados do alcance do princípio decisório de *Carolene Products*: a) a legislação que ataca frontalmente uma proibição constitucional, seja ela especificada nas dez primeiras Emendas

22 *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). Op. cit. Nota de rodapé nº 4 do voto majoritário de Justice Stone. Convém informar que os excertos extraídos e noticiados através do símbolo [...] não correspondem à substância do texto de Justice Stone, mas tão-só à supressão, no texto da nota transcrita, das referências diretas a casos anteriormente decididos. “*There may be a narrow scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when to be embraced within the Fourteenth.. [...] It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subject to more strict scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are the most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote [...]; dissemination of information [...]; on interference with political organizations [...]; as to prohibition of peaceable assembly [...]. Nor need we to inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious [...]; or racial minorities [...]; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquire. [...].*”

à Constituição norte-americana, ou pertença às incorporadas na Décima Quarta Emenda ou às não-enumeradas,²³ contidas na liberdade genérica desta Emenda; b) a legislação que restringe o processo político, de modo a se esperar que diminua a possibilidade de obstar atos normativos *indesejados*; c) a legislação que atinge determinadas minorias isoladas e discretas, sejam elas raciais, sexuais, étnicas ou religiosas.

a) Primeiro Tópico

No que respeita ao primeiro tópico, tem-se que o espaço para a operação da presunção de constitucionalidade deve ser menor, ou seja, que a deferência à escolha do órgão legislativo (ou executivo) opera com menor intensidade nos momentos em que os atos normativos restringem proibições específicas contidas no texto constitucional. Como exemplo, as oito primeiras Emendas, que contêm, cada qual, a especificação de uma proibição (imperativo negativo) direcionada ao Congresso em relação a um ou a alguns Direitos Fundamentais,²⁴ e, também, com as liberdades incorporadas e com as não-enumeradas, tuteladas pela Décima Quarta Emenda. Assim, diante do questionamento da constitucionalidade de atos normativos constritores desses Direitos Fundamentais, as Cortes avaliariam meticulosamente a escolha do legislativo e ofertariam, *ab initio*, grande peso aos Direitos Fundamentais.

Esta afirmação calca-se quase que exclusivamente no texto constitucional, pois as proibições específicas estão todas expressas na Constitui-

23 Liberdades *não enumeradas* ou Direitos Fundamentais *não enumerados* são as liberdades e Direitos não expressos na Constituição como Fundamentais, mas reconhecidos pelas Cortes de Justiça como tal, para todos os efeitos. São assim reconhecidos em virtude da redação genérica do *princípio* do devido processo legal, que tutela os Direitos de *vida, propriedade e liberdade*, sem especificá-los. As Cortes compreendem, então, que estes termos genéricos não se restringem aos Direitos especificados na *Bill of Rights*. Outro fundamento para a categorização de certos Direitos não especificados no texto constitucional como fundamentais é a chamada *cláusula de abertura*, presente na Nona Emenda à Constituição, a qual enuncia que os Direitos enumerados na Constituição não excluem outros decorrentes do regime ou detidos pelo povo. A respeito do tema, vede: TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University, 1991.

24 Assim, por exemplo, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, cujo texto inicia-se com uma proibição ao Congresso " *O Congresso não fará...*", assim como a Décima Quarta Emenda, " *Os estados não farão...*". No art. 5º da Cf/88 é possível encontrar esta separação, basta comparar, a título elucidativo, a redação do inciso X com a do inciso XIX. Estes exemplos foram formulados com esteio no texto da nota de rodapé.

ção. No entanto, já neste primeiro tópico, são salientes duas ampliações da literalidade constitucional, pois o *Justice Stone* considerou dignas do mesmo nível de exame judicial os Direitos Fundamentais seletivamente incorporados à Décima Quarta Emenda, assim como alçou os Direitos Fundamentais não-enumerados a uma posição hierárquica superior. Mesmo avançando para além da literalidade, a motivação desse primeiro elemento gerador de uma diminuição da presunção de constitucionalidade dos atos normativos é bastante simples. As proibições especificadas na Constituição, que situam alguns Direitos como intangíveis, são a regra. Dessa forma, a regra é, por exemplo, a liberdade de todos para expressar suas idéias e pensamentos. Contudo, pela própria idéia de existência de um poder público, admite-se exceções a tais regras, ou seja, admite-se que, em circunstâncias excepcionais, sejam constrictos os Direitos Fundamentais cuja inteireza é a regra. Seguindo esta linha de pensar, somente circunstâncias excepcionais são capazes de promover uma exceção à regra. Logo, os atos normativos que excepcionam a regra devem estar fundados em circunstâncias excepcionais, e não em qualquer circunstância, sob pena de as regras serem engolidas pelas exceções. A aplicação do escrutínio estrito leva o julgador a conferir se as circunstâncias motivadoras da exceção à regra são efetivamente dotadas de excepcionalidade e não corriqueiras.²⁵

Aos poucos, a *posição preferencial* exposta na primeira parte da nota foi sendo esposada e melhor articulada pela Suprema Corte. No caso *Jones v. Opelika*, o *Justice Stone* lançou mão da *ratio* da nota de rodapé, utilizando, pela primeira vez, o termo *posição preferencial*.²⁶ Em *Prince v. Massachusetts*, o *Justice Rutledge* asseverou que todas as liberdades da Primeira Emenda ocupavam *posição preferencial*, esclarecendo que dentre as liberdades cimeiras desta Emenda não havia hierarquia:

[...] pode haver dúvidas acerca da possibilidade de se ofertar uma posição mais alta a qualquer uma das liberdades em relação às demais, dentre as assegura-

25 Ainda antes da decisão do caso *Carolene Products*, a Suprema Corte já havia manifestado este raciocínio, em *Herdon v. Lowry*: "O poder de um estado de atingir a liberdade de expressão ou de assembléia é a exceção e não a regra e a punição de manifestações de um determinado caráter deve encontrar sua justificação numa apreensão de um perigo razoável ao governo organizado." Cf. *Herdon v. Lowry*. 301 U.S. 242 (1937).
26 *Jones v. City of Opelika*. 316 U.S. 584. (1942).

das no Primeiro Artigo. Todas possuem posição preferencial no nosso esquema básico. Todas interagem entre si. Há diferenças entre elas e nos modos adequados ao seu exercício. Mas todas têm unidade no ligar cimeiro da carta porque elas têm unidade em seus recursos e funções humanas.²⁷

A partir dessa explicitação, compreende-se que dentre os Direitos Fundamentais dotados de *posição preferencial* não há hierarquia, pertencendo todos ao mesmo escalão.

b) Segundo Tópico

No que toca ao segundo tópico ressalvado da *ratio decidendi* de *Carolene Products*, tem-se que o escrutínio judicial deve ser mais metucioso quando a legislação restringe os níveis de participação nos processos públicos de tomada de decisão, seja em etapa institucional – sufrágio, voto, elegibilidade etc. – ou não institucional – liberdade de associação para fins políticos, liberdade de expressão do pensamento político, etc. Assim, quando um ato normativo mostra-se constritor, em nível institucional ou não, da participação nos processos públicos de tomada de decisão, afetando o seu desenrolar e acentuando os pontos defectivos das técnicas majoritárias, utilizar-se-á o escrutínio estrito para o exame da constitucionalidade.

c) Terceiro Tópico

No que toca ao terceiro tópico, tem-se que o *escrutínio judicial* deve ser mais acurado quando o ato normativo atinge direta ou indiretamente minorais insulares, quer sejam raciais, sexuais, étnicas, religiosas ou políticas. Assim, quando um ato normativo mostrar-se cerceador dos Direitos Fundamentais destas minorias, as quais detêm, por sua própria condição, pouca participação nos fóruns públicos de tomada de decisão e que possuem menor representatividade nos processos majoritários, dever-se-á diminuir o alcance da presunção de constitucionalidade, através do uso do escrutínio estrito.

Esses dois últimos tópicos encontram âncora em uma compreensão de democracia centrada em Direitos Fundamentais e na igualdade subs-

²⁷ *Prince v. Com. of Massachusetts*. 321 U.S. 158. (1944).

tantiva de participação – democracia material –, distinta da formal, esta centrada em procedimentos. Pela exposição da nota de rodapé e pelos seus empregos posteriores, tem-se que seus escopos prioritários são a proteção dos Direitos Fundamentais e a abertura do Poder Judiciário como um fórum de participação democrática e de correção das defectividades dos processos majoritários, através do controle de constitucionalidade. Com esta sustentação, o controle de constitucionalidade deixa de apoiar-se tão-somente no seu fundamento tradicional – assegurar a vontade popular inscrita no texto constitucional através de sua interpretação – para angariar um novo, qual seja, a proteção de uma democracia material. O controle de constitucionalidade passa, assim, a ser uma forma de abertura do Poder Judiciário como um fórum democrático, local de garantia dos Direitos Fundamentais e de manifestação daqueles que, por algum motivo, têm restrita participação nos processos públicos majoritários. Ele se torna antimajoritário, não antidemocrático, haja vista que objetiva proteger determinados valores nucleares (Direitos Fundamentais *preferenciais*) contra paixões majoritárias e intenciona ofertar um espaço de participação a grupos minoritários.²⁸

Ademais, a nota de rodapé mostrou-se *profética*, como mencionado, por dois motivos essenciais: a) ao relegar a propriedade e a liberdade contratual a segundo plano na hierarquia dos Direitos Fundamentais, auxiliou na implementação do Estado de Bem-Estar Social e na proteção de classes hipossuficientes, como consumidores e trabalhadores; b) ao im-

28 Afirmar que o controle de constitucionalidade pode ser *antimajoritário* sem ser *antidemocrático* somente é possível quando não se identifica democracia com técnica de maioria, mas quando se toma a regra da maioria como uma das técnicas à disposição da democracia, e esta como algo mais que meros procedimentos de tomada de decisão. Este compreender da democracia não se restringe ao *escrutínio estrito*, nem à *posição preferencial*, tampouco ao substantivo devido processo legal. Situa-se em ambiência macro, como aporte teórico para o novo papel do Poder Judiciário – um poder que determina políticas públicas e que é político – e do controle de constitucionalidade. Liga-se também à noção de normatividade dos *princípios* constitucionais. Sobre esta concepção de democracia e sua correlação com o controle de constitucionalidade, as manifestações de diversos estudiosos norte-americanos parecem convergir, em que pese haver diferenças substanciais nas teorias que professam ou esposam. Vede, sobre o tema: DWORKIN, Ronald. *Freedom's...* Op. cit., p.15 e ss.; WOLFE, Christopher. Op. cit., passim; TRIBE, Laurence H. *On reading...* Op. cit., 65 e ss.; RAWLS, John. Op. cit., p. 212 e ss. Há também outros autores que trabalham com esta premissa, e um significativo número faz parte de uma corrente que hoje tem encontrado espaço no Brasil, o *garantismo*.

pulsionar um cuidado maior com certos Direitos Fundamentais, minorias e com os níveis de participação nos processos democráticos, contribuiu para a formação de democracias materiais. Este último objeto mostrou-se de grande valia durante e após a Segunda Guerra Mundial, quando as mazelas dos processos meramente formais e majoritários indenes a controles substanciais foram desnudadas pelos regimes nazi-fascistas.

Nesta esteira e com estes fundamentos, a Suprema Corte seguiu e segue aplicando a *doutrina da posição preferencial*, e, portanto, estabelecendo uma escala hierárquica entre os Direitos Fundamentais. Com o tempo, a Corte tornou duas noções mais claras, uma referente à forma de escolha dos Direitos *preferenciais*; a outra, referente ao caráter condicional dos Direitos Fundamentais *preferenciais*. Quanto à primeira, a Corte sustentou que é a natureza do Direito Fundamental que o conduz ao topo da hierarquia, e não a *natureza* da privação que se lhe impõe. Seguindo este pensar, a Suprema Corte, atualmente, classifica diversos Direitos Fundamentais como *preferenciais*, em razão da sua *natureza*. Pode-se mencionar, como exemplo, a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a de culto, as liberdades de expressão, imprensa e palavra, as liberdades de reunião pacífica e de associação, a liberdade de cátedra, o Direito de privacidade, em variadas ramificações, o Direito dos pais de educarem seus filhos de acordo com suas convicções, e, também, os Direitos das minorias, especialmente étnicas e religiosas.

A respeito da segunda noção, a Corte firmou que o fato de um Direito Fundamental estar em *posição preferencial* não é de forma alguma sinônimo de total intangibilidade ou absolutização. Os Direitos Fundamentais *preferenciais* são, como os demais, condicionais, passíveis de restrições. Todavia, o são em um grau menor do que aqueles não-pertencentes ao grupo dos de maior hierarquia, e exigem a apresentação de um fim estatal dotado de grande relevância.

Levando em consideração todas estas questões, o *Justice Rutledge* elaborou uma síntese da *doutrina da posição preferencial* no caso *Thomas v. Collins*:

O caso nos confronta novamente com o dever, que o nosso sistema situa nesta Corte, de dizer onde termina a liberdade individual e começa o poder do Estado. Escolhas nestes limites, agora como sempre delicadas, o são, talvez, ainda

mais quando a usual presunção sustentando a legislação é ponderada com a posição preferencial conferida no nosso esquema para as grandes, as indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. Essa prioridade confere a estas liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias. E é o caráter do direito, não o da limitação, que determina qual padrão governa a escolha.

Por estas razões, qualquer tentativa de restringir essas liberdades deve ser justificada por um interesse público claro, não podem ser ameaçadas duvidosa ou remotamente. [...] A conexão racional entre o remédio providenciado e o mal a ser curado, que, em outros contextos, pode suportar a legislação contra o ataque no campo do devido processo, não será suficiente. Estes direitos repousam sobre fundação mais firme. [...] Somente os mais graves abusos, arriscando interesses supremos, oferecem ocasião para a limitação.²⁹

Este trecho final, referente à ocasião para a limitação dos Direitos Fundamentais *preferenciais*, menciona uma *doutrina* forjada pela Suprema Corte e umbilicalmente ligada à da *posição preferencial*, a *doutrina do compelling interest*.

2.2 O *compelling interest*

O *compelling interest* é um *teste* que entra em ação quando está em jogo um Direito Fundamental *preferencial*. É a contrapartida da *posição preferencial*. Ao passo que esta faz assumir que um determinado Direito Fundamental possui alto peso de *per si*, o *compelling interest* é um fim tão forte a ser atingido pelo poder público que é capaz de sobrepor-se a tal Direito. Outrossim, quando há constrição de um Direito Fundamental preferencial, somente um *compelling interest* poderá justificá-la.

29 *Thomas v. Collins*. 323 U.S. 516 (1945). “The case confronts us again with the duty our system places on this Court to say where the individual’s freedom ends and the State’s power begins. Choice on that boarder, now as always delicate, is perhaps more so where the usual presumption supporting legislation is balanced by the preferred place given in our scheme to the great, the indispensable democratic freedoms secured by the First Amendment. That priority gives these liberties a sanctity and a sanction not permitting dubious intrusions. And it is the character of the right, not of the limitation, which determines what standard governs the choice. For these reasons any attempt to restrict those liberties must be justified by clear public interest, threatened not doubtfully or remotely (...). The rational connection between the remedy provided and the evil to be curbed, which in other contexts might support legislation against attack on due process grounds, will not suffice. These rights rest on firmer foundation. (...) Only the gravest abuses, endangering paramount interests, give occasion for permissible limitation.”

A doutrina do interesse coercivo pode ser um desenvolvimento natural da doutrina da posição preferencial. Se os direitos pessoais protegidos pela Declaração de Direitos estão numa posição preferencial no plano constitucional, depreende-se que as restrições a eles devem ficar sujeitas a um escrutínio mais rigoroso que o pelo teste da base racional [...]. A etapa lógica seguinte é submeter as restrições a direitos pessoais ao teste do “interesse coercivo”.³⁰

O *compelling interest* apresenta-se como consentâneo lógico da doutrina da posição preferencial. Enquanto o foco da doutrina da posição preferencial está no Direito Fundamental, a fim de determinar seu peso individualmente considerado, no *compelling interest* ele está no objetivo almejado, com o fito de aferir seu peso isoladamente. Numa, avalia-se o peso do Direito, noutra, do fim intencionado pelo Estado. Se ambos forem fortes, proceder-se-á a ponderação, se um o for e outro não, a balança tenderá para o de maior peso. Se ambos forem fracos, aplicar-se-á o *standard* de razoabilidade mínima.³¹

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a Suprema Corte estadunidense adotou, no curso de suas decisões tomadas com base no devido processo legal substantivo, uma hierarquização dos Direitos Fundamentais. O sustentáculo teórico desta hierarquização é a doutrina da posição preferencial. Em virtude desta doutrina, o teste da razoabilidade assume duas feições, uma forte e outra fraca. Quando estão em jogo Direitos Fundamentais preferenciais, o escrutínio judicial da constitucionalidade da norma que os cerceia será mais rigoroso. Se não forem preferenciais, o exame da constitucionalidade será mais suave.

No entanto, a adoção da doutrina da posição preferencial não significará uma hierarquização das normas constitucionais lesiva ao princípio da

30 SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., p. 212.

31 Dois casos que exemplificam a utilização do *compelling interest* são *Wisconsin v. Yoder*, e *Roe v. Wade*, nos quais foram ponderados liberdades preferenciais com interesses cogentes. Neste, a liberdade religiosa e a compulsoriedade da educação, naquele, o direito de *privacidade* e a proteção da saúde das gestantes e da vida dos fetos e embriões. Cf. *Wisconsin v. Yoder*. 406 U.S. 205 (1972); *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

unidade da Constituição. Jamais uma norma enunciadora de um Direito Constitucional preferencial terá o condão de inconstitucionalizar outra norma constitucional. A hierarquia normativa permanece intocada. Além disso, a *doutrina da posição preferencial* não conduz à presunção de inconstitucionalidade (*judicial notice*) da norma cerceadora de Direitos Fundamentais – invertendo o ônus probatório, mas tão-somente à elevação do rigor no exame da constitucionalidade.

Referências

BERGER, Raoul. **Government by judiciary**: the transformation of the fourteenth amendment. Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

BERMAN, Harold J. The origins of historical jurisprudence: Coke, Selden and Hale. **Yale Law Journal**, 103, n.7, May 1994.

BITTAR, Orlando. **A lei e a constituição**: alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade. Brasília: Conselho Federal e Departamento de Assuntos Culturais, 1978. (Obras Completas de Orlando Bitar. v.2).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no Diário Oficial da União n.191-A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Ática, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 1. ed. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

_____. **Freedom's Law**: the moral reading of the american constitution. Cambridge: Harvard University, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 199.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

KEYNES, Edward. **Liberty, property, and privacy: toward a jurisprudence of substantive due process**. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1996.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: SAFe, 1999.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: razão abstrata, funções e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense**. Florianópolis, 2001. 260p. Dissertação. (Mestrado em Instituições Jurídico-Políticas). – Universidade Federal de Santa Catarina.

McGEHEE, Lucius Polk. **Due process of law under the federal constitution**. 2nd ed., New York: Edward Thompson, 1980.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1965.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. João Sedas Nunes. Lisboa: Presença, 1997.

ROTENBURGH, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROTUNDA, Ronald D. **Modern constitutional law – cases and notes**. 4th ed., Minnesota: West Publishing Co., 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada – construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHWARTZ, Bernard. **Os grandes Direitos da Humanidade – The Bill of Rights**. Trad. A. B. Pinheiro de Barros. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

SILVEIRA, Paulo Fernandes. **Devido Processo Legal – Due Process of Law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1988.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University, 1991.

U.S. Senate Document 103-6. **The Constitution of the United States of America**. Analysis and interpretation - annotations of cases decided by the Supreme Court of the United States. Prepared by Congressional Research Service. Library of Congress. Disponível em: «<http://www.access.gpo.gov/congress/senate/constitution/amdt5.html>». Acesso em: 22 maio 2001.

U.S. Constitution. Disponível em: «<http://supreme.lp.findlaw.com/constitution/amendments.html> ». Acesso em: 23 maio 2002.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Rev. Ampl. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

Índice de Casos

Runyon v. McCrary. 427 U.S. 160 (1972).
Wisconsin v. Yoder. 406 U.S. 205 (1972).
Adair v. United States. 208 U.S. 161 (1908).
Loving v. Virginia. 388 U.S. 1 (1967).
Wisconsin v. Yoder. 406 U.S. 205 (1972).
Roe v. Wade. 410 U.S. 113 (1973).
Thomas v. Collins. 323 U.S. 516 (1945).
Prince v. Com. of Massachusetts. 321 U.S. 158. (1944).
Jones v. City of Opelika. 316 U.S. 584. (1942).
Herdon v. Lowry. 301 U.S. 242 (1937).
Lochner v. New York. 198 U.S. 45 (1905).
Coppage v. Kansas. 236 U.S. 1 (1915).
Poe v. Ullman. 367 U.S. 497.
United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938)
Jones v. Opelika. 316 U.S. 584. (1942)
Adkins v. Children's Hospital. 261 U.S. 525 (1923).
Buchanan v. Warley. 245 U.S. 60 (1917).
Meyer v. Nebraska. 262 U.S. 390 (1923).
Pierce v. Society of Sisters. 268 U.S. 510 (1925).
Gitlow v. New York. 268 U.S. 652 (1925).
Abrams v. United States. 250 U.S. 616 (1919).
Gitlow v. New York. 268 U.S. 616 (1919).
Whitney v. California. 274 U.S. 357 (1927).
Fiske v. Kansas. 274 U.S. 380 (1927).
Stromberg v. California. 283 U.S. 359 (1931).