

A EMENDA SALOMON E A RETENÇÃO DE FUNDOS FEDERAIS COMO PENALIDADE PELA RESTRIÇÃO DE PROPAGANDA E RECRUTAMENTO MILITAR POR PARTE DAS UNIVERSIDADES NOS ESTADOS UNIDOS. UM ESTUDO DE CASO SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

Resumo: Trata-se de texto que tem por objetivo estudar o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade. Apresenta-se o caso *Rumsfeld v. FAIR*, que suscita percepção contemporânea da posição da Suprema Corte norte-americana em relação à luta contra o terrorismo, que também se processa em âmbito judicial.

Palavras-Chave: Controle de Constitucionalidade. Caso *Rumsfeld v. FAIR*. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Direito e Política.

Abstract: The paper has the main aim of studying the American Judicial Review on its contemporary outlook. With such a goal, the paper presents the case *Rumsfeld v. FAIR*. It allows a quite contemporary glimpse on the American Supreme Court and its position among radicals and liberals on the complex forensic set created by the struggle against terrorism has created.

Key Words: Judicial Review. *Rumsfeld v. FAIR*. American Supreme Court. Politics and Law.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. O caso *Rumsfeld v. FAIR*
3. A Réplica dos Requeridos
4. A Tréplica dos Requerentes
5. O *Amicus Curiae* da *American Civil Liberties Union*
6. O Acórdão da Suprema Corte
7. Referências Bibliográficas

1) Introdução

No dia 6 de março de 2006 a Suprema Corte dos Estados Unidos da América prolatou acórdão no caso *Rumsfeld v. FAIR* (547 U.S. 2006). Trata-se de decisão a propósito de

¹ Hubert Humphrey Fellow na Universidade de Boston 2002/2003. Bolsista Fulbright. Professor doutor pesquisador do programa de mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

um *writ of certiorari*², protocolado em favor do governo norte-americano e em nome do Secretário da Defesa do governo George W. Bush, Donald Rumsfeld³, em face de decisão do Tribunal do 3º Circuito⁴. A referida decisão havia amparado tese de uma organização de faculdades e de professores de Direito, *Forum for Academic and Institutional Rights* (doravante simplesmente FAIR), relativa a inconstitucionalidade de uma lei norte-americana, a *Emenda Salomon*⁵. Esta lei vincula o repasse de fundos federais a faculdades de Direito na medida em que essas autorizem a propaganda e o recrutamento militar nos *campi*. A Suprema Corte reverteu a decisão do Tribunal do 3º Circuito, aderindo a tese do governo norte-americano, consagrando aspectos da doutrina Bush em seus aspectos forenses.

O presente trabalho tem por objetivo descrever a discussão entre o governo norte-americano e algumas faculdades daquele país, a propósito do repasse de verbas federais vinculado a autorização para proselitismo militar. Problematisa-se o controle difuso de constitucionalidade nos Estados Unidos. Tem-se como pano de fundo o intenso debate ideológico que se trava entre republicanos e democratas, e que ganhou condimento inesperado a partir a *guerra sem trégua contra o terrorismo*, desatada a partir dos ataques em Nova Iorque em 11 de setembro de 2001.

Com base em fontes primárias, isto é, por intermédio do estudo dos materiais relativos ao caso, tal como disponibilizados no endereço eletrônico da Suprema Corte dos Estados Unidos, seguem as observações vindouras. Primeiramente apresenta-se uma síntese da discussão. Em seguida comenta-se a réplica apresentada pela FAIR. Considera-se ato contínuo a tréplica apresentada pelos advogados do governo dos Estados Unidos. O

² O *writ of certiorari* é o recurso em geral cabível contra decisões de 2ª instância no modelo processual norte-americano. A Suprema Corte detém discricionariedade para apreciá-lo. William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, p. 224 e ss.

³ Donald Rumsfeld foi conselheiro de Richard Nixon, para quem trabalhou ao lado de Dick Cheney, atual vice-presidente norte-americano. Rumsfeld foi secretário de defesa do presidente Gerald Ford. É um dos mais importantes expoentes do Partido Republicano nos Estados Unidos. Para críticas, Michael Moore, *Stupid White Men*, p. 19 e 20. Para apologias, Ann Coulter, *Treason*, p. 42.

⁴ O Tribunal do 3º Circuito detém competência em matéria federal. Tem sede em Philadelphia, no estado da Pennsylvania. Tem jurisdição territorial junto aos estados de Delaware, Nova Jersey e Pennsylvania. Consultar John Meador, *American Courts*, p. 93.

⁵ A *Emenda Salomon* (10 U.S.C.A.), explicitada ao longo do presente texto, é de autoria do deputado Gerald Solomon, do estado de Nova Iorque. Possui duas versões. A última delas veda o repasse de fundos federais para faculdades que não permitem ou que criam dificuldades para a propaganda e recrutamento militar nos *campi*.

texto tem seqüência com apreciação geral da petição *amicus curiae*⁶ protocolada pela *American Civil Liberties Union*. Os contornos gerais do acórdão da Suprema Corte, redigido pelo presidente daquele Sodalício, John G. Roberts, consubstanciam a parte final das considerações descritivas. As conclusões procuram apreciar a questão vinculando Direito e Política. Do ponto de vista dogmático, o controle difuso de constitucionalidade, típico do modelo norte-americano, é que substancializa a preocupação central do texto que segue. As traduções são todas minhas, e de minha inteira responsabilidade.

2) O caso *Rumsfeld v. FAIR*

Algumas faculdades de Direito nos Estados Unidos passaram a restringir o acesso de oficiais recrutadores do exército em suas dependências. Entre outras razões, como medida de represália a políticas militares, a exemplo de suposta discriminação contra homossexuais. É comum nas faculdades de Direito norte-americanas eventuais visitas de empregadores. Os escritórios de advocacia procuram levar aos estudantes as vantagens que oferecem, na busca de mão-de-obra altamente qualificada. Ao contrário do que se passa no Brasil, onde há excesso de bacharéis para atuação na atividade privada, o que fomenta o nicho dos concursos públicos, no modelo norte-americano o escritório de advocacia, a *law firm* é a meta.

As faculdades condicionam o livre acesso de empregadores ao comprometimento com certas políticas, especialmente de não-discriminação. Exige-se do empregador perfil comprometido com políticas que não admitam discriminação contra negros, latinos, homossexuais, minorias em geral. Como regra, equiparam-se os recrutadores das forças armadas norte-americanas a empregadores. Representantes do exército, da marinha, da aeronáutica, dos fuzileiros navais, rondam os *campi* norte-americanos e fazem proselitismo. Pregam valores patrióticos, incitam a defesa de padrões culturais, conquistam corações e mentes para um projeto militar.

Houve reação do Congresso norte-americano à política restritiva que as faculdades de Direito aplicam aos recrutadores das forças armadas. Por proposição do

⁶ O *amicus curiae* é espécie de intervenção litisconsorcial por meio da qual interessado no desate do feito apresenta linha argumentativa que apoia uma das partes. Trata-se do *friend of court*, do *amigo da corte*, instituto que começa a ser admitido pelo direito brasileiro, especialmente em âmbito de Supremo Tribunal Federal.

deputado Gerald Salomon, de Nova Iorque, aprovou-se lei (10 U.S.C.A.) que em sua primeira versão determinava que se *algum* setor de universidade negasse acesso a recrutadores das forças armadas em suas dependências, ou mesmo criasse algumas restrições, *toda* a universidade estaria vedada a ter acesso a fundos federais.

As faculdades de Direito reagiram imediatamente. Propuseram ações invocando que a *Emenda Salomon* seria inconstitucional, na medida em que restringia direitos de expressão e de associação, consagrados pela 1ª emenda à constituição dos Estados Unidos, excerto normativo que dá início ao ***Bill of Rights***. No caso específico que aqui se cuida, a organização FAIR requereu liminar, suscitando a inconstitucionalidade da *Emenda Salomon*, pelas já indicadas razões; a lei franqueava os *campi* às forças armadas, e às faculdades imponha escolha difícil: deveriam compactuar com instituições cuja conduta desaprovavam ou perderiam substanciais recursos federais.

Perdendo em instância originária, a FAIR levou a questão ao Tribunal Federal do 3º Circuito, que reformou a decisão. O governo norte-americano conseguiu que a discussão fosse apreciada pela Suprema Corte, que implicitamente confirmou a constitucionalidade da *Emenda Solomon*. Lê-se no acórdão que a FAIR é uma associação formada por faculdades e por professores de Direito. Vê-se na petição de impugnação ao *writ of certiorari* que um dos requeridos é Erwin Chemerinsky, professor de Ética e de Ciência Política na Universidade *Southern California*, autor de um dos mais populares livros-texto de Direito Constitucional adotado pelas faculdades de Direito nos Estados Unidos.

A FAIR luta pela liberdade acadêmica e apóia instituições educacionais que se opõem a qualquer forma de discriminação. Há especial deferência para com a luta contra políticas de discriminação em matéria de sexo. FAIR é organismo que defende prerrogativas de todas as orientações sexuais, postulando respeito por gays e lésbicas. A oposição às forças armadas norte-americanas decorre de política adotada por estas últimas, sintetizada no mote *don't ask and I don't say*, isto é, não pergunte que eu não digo. Trata-se de postura discriminatória e por isto denunciada por ativistas da FAIR, que pretendem obstruir a presença de recrutadores das forças armadas dos Estados Unidos nos *campi* norte-americanos.

A *Emenda Salomon* matiza reação a esta tendência acadêmica, de proteção de minorias e de hostilidade a política militar supostamente discriminadora. Ao forçar as instituições de ensino a receberem militares, como condição para o repasse de verbas federais, a *Emenda Salomon*, no sentir dos membros da FAIR, atentaria contra tradição constitucional de liberdade de expressão. Do ponto de vista mais pragmático a *Emenda Salomon* efetivamente veda o repasse de verbas para as faculdades que não cumprem determinação de franqueamento dos *campi*, fazendo-o por intervenção do DOD (*Department of Defense*- Departamento de Defesa).

FAIR sustenta que a *Emenda Salomon* é inconstitucional na medida em que força opção entre repasse de fundos e obrigação de adesão a idéias não comungadas pelas instituições de ensino que representa. Ao cumprir a exigência imposta pela *Emenda Salomon* a instituição de ensino se vê forçada a propiciar a propagação de ideário ofensivo a propostas de combate a discriminação. Para os advogados da FAIR, a política discriminatória das forças armadas justificaria a proibição das faculdades, no sentido de não franquearem a propaganda de recrutamento militar nos *campi*. Por outro lado, a referida vedação não poderia redundar na obstrução de repasse de fundos para as faculdades. É esta a lógica que emerge da tese sustentada pela FAIR, e que não foi aceita pela Suprema Corte.

A liminar não foi dada em 1ª instância porque o juízo *a quo* entendeu que os requerentes não demonstraram que teriam chances na discussão sobre o mérito. É condição para a confecção de liminar no direito norte-americano a apresentação de argumentação robusta que indica satisfatoriamente que o requerente apresenta possibilidade de triunfar no mérito, algo que em nosso modelo processual poderia lembrar *fumaça do bom direito qualificada*.

Entendeu-se que visitante episódico e eventual, como o recrutador das forças armadas, embora indesejável, não afetaria concreta e significativamente as condições de instituição de ensino divulgar mensagens de ponto de vista particular. Como explicitado no acórdão da Suprema Corte, entendeu-se em 1ª instância que a propaganda pelo recrutamento militar é *conduta*; não seria *fala* e, portanto, não poderia se determinar proteção generalizada da 1ª emenda da constituição norte-americana.

O precedente utilizado foi o julgamento que a Suprema Corte confeccionou no caso *United States v. O'Brien* (391 U.S. 367), de 1968. No contexto dos protestos contra a presença norte-americana no sudeste asiático, durante a Guerra do Vietnã (cf. KAISER, 1988), O'Brien foi preso e condenado por queimar publicamente cartões de recrutamento militar. Durante protesto contra a Guerra do Vietnã queimaram-se várias tarjetas de alistamento militar. Estavam presentes agentes do FBI que prenderam O'Brien, que ostensivamente apontava para os documentos que queimou.

Em 1965 uma lei federal identificava como crime a queima pública de documentos do exército, especialmente cartões de recrutamento (cf. CHEMERINSKY, 2002, p. 1028). O'Brien foi preso e em seguida processado. Arguiu em defesa a liberdade de expressão permitida pela 1ª emenda à constituição norte-americana. O julgamento se deu em Corte ativista, ferrenha defensora de liberdades individuais, comprometida com ideário democrático, aspecto característico na conduta do então Presidente daquela casa, Earl Warren (POWE, Jr., 2001, p. 324).

Não obstante o ativismo democrático da Corte de Warren decidiu-se que manifestações têm modos verbais e não verbais, que se comunicam em modelo único de conduta. De tal modo, as autoridades poderiam restringir modalidades não verbais de expressão, se apresentassem motivos adequados que justificariam interferências incidentais (cf. CHEMERINSKY, 2002, loc.cit.). A utilização de cartões de alistamento seria relevante, na medida em que possibilitaria controle e monitoramento desejáveis, em época de guerra. Assim, o fracionamento entre expressões verbais e não verbais, entre *speech* e *non-speech*, entre fala e conduta, será a pedra de toque nas discussões supervenientes. Consolidou-se doutrina por meio da qual não se limita a fala, porém se restringe a conduta, tanto quanto o livre exercício desta última seja obstaculizado por relevante interesse cuja comprovação é ônus do interessado.

Retomou-se a questão no caso *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397), também ilustrativo do conceito constitucional norte-americano de liberdade de expressão. Em 1984 Johnson queimou uma bandeira norte-americana, em sinal de protesto, em frente a edifício em Dallas, no estado do Texas. Foi condenado por violar lei daquele estado, que tipificava como crime a profanação intencional de bandeira estadual ou nacional. O caso foi à Suprema Corte.

A questão radicava na também na emenda nº 1 que indicava que *o Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta; ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo reunir-se pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos*. Por 5 votos a 4 a Suprema Corte definiu que a constituição protege profanação à bandeira, como forma simbólica de expressão. Entendeu-se que o governo não estaria autorizado a proibir ou restringir a expressão de idéia porque a sociedade achava essa idéia ofensiva ou desagradável. Protegeu-se a queima da bandeira como forma de liberdade de expressão, como garantida na emenda nº 1 (*Bill of Rights*) da constituição norte-americana (cf. IRONS, 1999, p. 468).

A queima da bandeira é tida como indicativo de *fala* e não de *conduta*. A queima do cartão de alistamento militar foi tomada como referencial de *conduta* e não de *fala*. E a presença de recrutadores das forças armadas norte-americanas nos *campi* daquele país foi entendida como aspectos de conduta, justificada por relevante interesse nacional, com base na doutrina O'Brien.

Liberdade de expressão é tema recorrente também no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de hábeas corpus em favor de Gerald Thomas Sievers, conhecido diretor de teatro, que ao ser vaiado após a apresentação de peça que dirigiu, mostrou-se ao público simulando masturbar-se e em seguida exibiu as nádegas. Relatado pelo Ministro Gilmar Mendes o acórdão (tombado no HC 83.996-7-RJ) entendeu que *não se pode olvidar o contexto em que se verificou o ato incriminado (...) o exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada (...)*. Outros casos há, e o tema será retomado.

Considere-se também convergência conceitual entre liberdade de expressão e de manifestação, circunstância já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. Trata-se da ADI 1.969-4-DF, quando se discutiu o Decreto nº 20.098, de 15 de março de 1999, editado pelo Governador do Distrito Federal. A referida norma proibia *a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas a serem realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília*. O relator, Ministro Marco Aurélio, alcançou percepção ampla de liberdade de reunião,

como consectário do exercício constitucionalmente consagrado de expressão. Ementou-se que *de início, surge com relevância ímpar pedido de suspensão de decreto mediante o qual foram impostas limitações à liberdade de reunião e de manifestação pública, proibindo-se a utilização de carros de som e de outros equipamentos de veiculação de idéias.*

Em tema mais radical, e também em âmbito de Supremo Tribunal Federal no Brasil, a propósito de liberdade de expressão, poderia se invocar o *Caso Ellwanger*, debatido no hábeas corpus 82.424-RS. Trata-se de julgamento histórico, no qual se chocaram princípios qualificadores de liberdade de opinião e de concepções de dignidade da pessoa humana, com vitória desta última, em que pese exuberância retórica do voto do Ministro Marco Aurélio, com base em critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Discutiu-se a limitação à liberdade de um editor do estado do Rio Grande do Sul que havia publicado obra relativa ao holocausto vivido pelos judeus na 2ª guerra mundial, em perspectiva revisionista e inspiradora de anti-semitismo. Juízos de ponderação, oriundos da pragmática constitucional alemã, instruíram os votos que condimentam o rumoroso caso. Ellwanger foi condenado.

Retomando-se a discussão *Ramsfeld v. FAIR* registre-se que com base na decisão proferida no caso O'Brien o juízo *a quo* entendeu que a presença dos recrutadores das forças armadas nas faculdades é aspecto de liberdade de expressão centrada na conduta, e não na fala. Portanto, havia interesse legítimo por parte das autoridades, no sentido de vincular o repasse de verbas públicas ao acesso aos *campi*, por parte de representantes militares.

Concomitantemente alterou-se a *Emenda Salomon*. Endureceu-se. Proibiu-se terminantemente o repasse de fundos federais para faculdades que proibissem a entrada de recrutadores militares em seus recintos, bem como no caso das instituições de ensino superior não oferecerem aos recrutadores militares as mesmas condições disponibilizadas aos demais empregadores.

A apelação do grupo FAIR, dirigida ao Tribunal do 3º Circuito, insistiu na inconstitucionalidade da nova versão da *Emenda Salomon*. Em decisão apertada, o juízo *ad quem* entendeu que os recorrentes tinham razão. É que, para aquele tribunal, a nova versão da *Emenda Salomon* seria inconstitucional. As faculdades estariam obrigadas a

optar por usufruir direitos consagrados na 1ª emenda, isto é, invocar a liberdade de expressão no sentido de não autorizar que se fizesse proselitismo em favor de ideário não abraçado, ou a se beneficiar de fundos federais, como compensação pela abdicação de suposta prerrogativa de proibir propaganda militar nos *campi*. O Tribunal do 3º Corte reverteu a decisão de 1ª instância.

Leitura atenta da *Emenda Salomon* dá conta de apenas uma exceção para a obrigação de se propiciar a propaganda militar nas dependências das faculdades. Trata-se da deferência a instituições que tenham perfil clássico de pacifismo que se desdobra no tempo, e que decorre de afiliação religiosa historicamente reconhecida. A referida *Emenda Salomon* determina que a faculdade ofereça ao recrutador militar as melhores condições que eventualmente outorgue aos demais empregadores.

A passagem é muito sutil, e a nuance foi objeto de excerto no voto do Juiz Presidente da Suprema Corte norte-americana, a cujo conteúdo se reporta. É que há notícias do protocolo de um *amicus curiae* confeccionado pelos professores da Faculdade de Direito da Universidade Columbia, que insistia que as faculdades estavam adequadamente cumprindo as determinações da *Emenda Salomon*. Para os referidos professores a *Emenda Salomon* estava sendo adequadamente cumprida pelas faculdades de Direito. Estaria se dando aos militares o mesmo tratamento oferecido aos demais empregadores, nos exatos termos da *Emenda Salomon*. Porque se as escolas não aceitam empregadores que discriminam, com igual razão e pelos mesmos motivos não deveriam receber os militares que recrutavam soldados. Simplesmente, porque na visão das escolas as forças armadas discriminavam sistematicamente gays e lésbicas. O raciocínio é logicamente bem engendrado e difícil de ser refutado.

À luz da tese dos professores de Columbia, e assim entendeu o Presidente da Suprema Corte norte-americana no acórdão que redigiu, a *Emenda Salomon* pretendia garantir aos recrutadores das forças armadas as mesmas condições de acesso aos *campi* que são oferecidas aos demais empregadores. E os fatos assim se passavam na medida em que se obstruía o acesso a *todos* empregadores, civis e *militares*, que discriminassem com base em orientação sexual, por exemplo. Assim, ao representante das forças armadas garantiam-se as mesmas condições de procurar interessados em partirem para o serviço

militar, a exemplo das condições oferecidas a escritórios de advocacia que cassavam talentos forenses.

A Suprema Corte não abraçou a tese dos professores de Columbia. Como se verá oportunamente, entendeu-se que é insuficiente que as faculdades tratassem igualmente recrutadores do exército e empregadores civis. Isto é, a Corte compreendeu que seria insuficiente tratamento idêntico para representantes das forças armadas e empregadores que violassem direitos civis, por meio de políticas discriminatórias. Nos termos da *Emenda Salomon*, cuja constitucionalidade foi implicitamente reconhecida, recrutadores militares devem ter o mesmo acesso aos *campi*, exatamente como garantido aos empregadores que aceitavam as propostas não discriminatórias de FAIR.

3) A Réplica dos Requeridos

A petição dos requeridos (*brief for the respondents*)⁷ segue modelo convencional norte-americano⁸. Indica-se a questão proposta à Corte, do modo como segue:

A Emenda Salomon (...) exige que as faculdades de Direito distribuam e disponibilizem panfletos e literatura encaminhados pelas forças armadas, com o objetivo de recrutamento militar. Exige que as faculdades de Direito convidem recrutadores das forças armadas para feiras e encontros organizados pelas escolas, que coordenem entrevistas de estudantes com militares, como condição para que as escolas recebam fundos federais. A Emenda Salomon provoca conflito com a política das faculdades de Direito, que se recusam a atender empregadores que promovem discriminação entre os alunos. Assim, pergunta-se, estaria correto o Tribunal Federal do 3º Circuito quando decidiu que a Emenda

⁷ Petição elaborada por escritório com sedes em São Francisco e em Nova Iorque, dos advogados Warrington S. Parker, III, Peter E. Gratzinger, E. Joshua Rosenkranz, Sharon E. Frase, Jean-David Barnea, Aliya Haider e Heller Ehrman. A petição é datada de 21 de setembro de 2005.

⁸ O modelo é denominado de *CREAC*, iniciais que remetem a *Conclusion, Rule, Evidence, Analysis e Conclusion*. Isto é, indicam-se as linhas gerais da conclusão, apresentam-se as regras aplicadas ao caso, apresentam-se as provas, analisa-se o caso e por fim retoma-se a conclusão. Na primeira página do texto abre-se pequeno espaço no qual se resume a questão posta, em poucas linhas. Concisão e objetividade são marcas dos textos forenses norte-americanos. Não há utilização apologética de doutrina. Reverencia-se moderadamente o precedente.

Salomon impõe condições inconstitucionais às faculdades de direito, ao vincular fundos federais a assistência a recrutadores militares, desrespeitando direitos consagrados na 1ª emenda à constituição norte-americana?

Indicam-se todos os requerentes, nomeadamente, o Secretário de Defesa, Donald H. Rumsfeld, a Secretária de Educação, Margareth Spellings, a Secretária do Trabalho, Elaine Chao, o Secretário da Saúde, Michael O. Leavitt, o Secretário dos Transportes, Norman Y. Mineta, o Secretário de Segurança Interna, Michael Chertoff, todos detentores de cargos de natureza ministerial. Indicam-se também todos os requeridos, a saber, FAIR (*Forum for Academic and Institutional Rights*), a Sociedade Americana de Professores de Direito (*The Society of American Law Teachers*), o grupo Coalização pela Igualdade (*Coalition for Equality*), bem como outros grupos, além de professores de Direito, a exemplo de Erwin Chemerinsky, como já observado.

Os requeridos mencionam que faculdades de Direito vêm a longo tempo insistido que *a discriminação é moralmente incorreta e fundamentalmente incompatível com os valores das profissões jurídicas*. As faculdades teriam expressado esta posição por palavras e por atos concretos. Substancialmente, as faculdades tinham como política não auxiliar empregadores que focalizem negativamente aspectos de raça e de gênero, e que não levassem em conta apenas os méritos dos candidatos. Nos termos da petição, o comprometimento das faculdades de Direito contra qualquer forma de discriminação sexual é absoluto.

Lembra-se que quando as faculdades de Direito passaram a criar obstáculos para propaganda militar nos *campi* norte-americanos houve reação do Congresso dos Estados Unidos por meio da aprovação da *Emenda Salomon*. Esta lei puniria *toda* uma universidade se *apenas* uma das faculdades que a compõe obstruísse a entrada de propagandistas da carreira militar. E não se trata de simples acesso aos alunos. As faculdades deveriam também distribuir boletins, brochuras, organizar encontros, entrevistas, fixar cartazes, sob pena de não receberem verbas e financiamentos federais, não podendo também concorrer a ajuda federal para bolsas de estudo e de pesquisa, por exemplo. Inúmeras faculdades estavam em via de perder milhões de dólares de origem governamental, que já estavam comprometidos com miríade de projetos distintos, que

variavam de pesquisas sobre o câncer a investigações sobre aceleradores de partículas, entre tantas outras.

Crítica-se a intervenção do legislador. Indevida seria a concepção de lei que obrigava adesão a idéias militares, a empregador que potencialmente discriminava, na medida em que homossexualismo configura tema tabu entre os militares norte-americanos, sobretudo por conta da premissa *don't ask and I don't tell*, isto é, não pergunte que não falo. No entender dos advogados dos requeridos estava clara a política discriminatória implementada pelas forças armadas que mediante proibição informal de não se perguntar e não se afirmar, excluiria homossexuais das corporações.

A linha de argumentação dos requeridos insiste na tese de que as faculdades de Direito se recusam a apoiar ativamente discriminação contra seus próprios alunos, o que seriam obrigados a fazer enquanto constrangidas a apoiar militares nos *campi*. As faculdades de Direito estariam aplicando políticas contrárias à discriminação em face de *todos* os empregadores interessados em seus alunos. A *Emenda Salomon* efetivamente estaria compelindo as faculdades a disseminarem mensagens de interesse dos militares.

Toca-se no fato de que as faculdades estariam praticando políticas em face das quais têm historicamente lutado. Forçadas a abandonar métodos de incentivo a políticas contrárias à discriminação, porque obrigadas a tolerar presença de empregadores militares que praticavam discriminação, as faculdades *estariam patrocinando fóruns que de outra forma não patrocinariam, estavam promovendo palestras que de outro modo não seriam obrigadas a promover, e estariam afixando cartazes que em outras circunstâncias jamais afixariam*.

Fixou-se o ponto de embate na medida em que se desenha que a mensagem pregada pelos militares quando recrutam é antagônica da mensagem das faculdades de Direito que se recusam a apoiar empregadores que iriam discriminar os estudantes para os quais se dirigem. A *Emenda Salomon* não levaria em conta que as faculdades de Direito opunham-se indistintamente a quaisquer empregadores que manifestassem políticas discriminatórias. A oposição para com a propaganda de recrutamento militar, neste sentido, não seria exceção, mas regra, dado que se tinha por notória a política das forças armadas no sentido de restringir ações não discriminatórias para com o homossexualismo.

No entender das faculdades de Direito, a *Emenda Salomon* obrigava a disseminação de mensagens alusivas ao recrutamento militar. O governo federal enquanto empregador (porque o alistamento militar conduziria a atividade remunerada) estaria gozando de isenção que nenhum outro empregador poderia usufruir, no sentido de ter acesso aos *campi*, mesmo como portador de mensagem que derivava de grupo que estaria praticando discriminação. As penalidades impostas às escolas que não franqueassem o acesso aos recrutadores militares são muito severas. Há vedação de linhas de apoio financeiro e de financiamento (*grants and contracts*) do Departamento de Defesa, e de outros departamentos⁹, a exemplo de recursos oriundos de setores de Saúde, Educação, Trabalho, Transporte e Segurança Interna (*Homeland Security*). Por exemplo, as Universidades de Yale e de Harvard deixariam de ter acesso a cerca de 300 milhões de dólares, cada uma delas, bem como à Universidade de Nova Iorque não seriam repassados por volta de 130 milhões de dólares.

Exemplifica-se a situação com circunstâncias aflitivas. Por exemplo, a faculdade de Direito da Universidade do Sul da Califórnia havia concordado com a visita de militares em suas instalações. Entrevistas foram marcadas com alunos. Divulgou-se o evento em boletim semanal que a faculdade mantém, e que se presta para divulgar oportunidades de emprego. Autorizou-se a distribuição de literatura militar, na forma de panfletos e brochuras. No entanto, representantes da força aérea norte americana se queixaram, porque *a faculdade não havia provido instalações mais adequadas para reuniões, fora do campus, como teria feita com outros empregadores, violando cláusula de empregador mais favorecido*. Milhões de dólares estavam em jogo por conta de discussões que começavam a indicar excessiva minudência.

Resumidamente, o argumento que substancializava a tese das faculdades de Direito consiste nas seguintes premissas: 1) a *Emenda Salomon* infringiria o livre exercício de liberdade de expressão por parte das faculdades de Direito; 2) a *Emenda Salomon* não respeitaria o direito das escolas se verem livres de determinações governamentais quanto a políticas a serem desenvolvidas; 3) a *Emenda Salomon* estaria determinando que as faculdades de Direito disseminassem, facilitassem e albergassem

⁹ Na organização burocrática norte-americana o Departamento equivale ao Ministério na organização burocrática brasileira. Conferir, por todos, Robert A. Heineman, Steven A. Peterson e Thomas H. Rasmussen, *American Government*, p. 183 e ss.

mensagens de recrutadores militares; 4) a *Emenda Salomon* suprimiria o direito de protesto das escolas, especialmente no que toca à possibilidade de limitar acesso de entidades que propagassem políticas discriminatórias; 5) a *Emenda Salomon* não respeitaria o direito das faculdades não se associarem a empregadores com os quais não concordavam, e cujas causas consideravam injustas.

A peça do grupo FAIR invocou, especificamente, aspectos de liberdade e expressão, consagrados na primeira emenda da constituição norte-americana.

4. A Tréplica dos Requerentes:

Em resposta à peça dos requeridos seguiu petição dos requerentes, assinada por Paul D. Clement, procurador-geral do governo norte-americano. Há parágrafo que encima o texto, e que explicita que:

Os requeridos argumentam que a Emenda Salomon viola direito que têm no sentido de não se obrigarem a manifestarem idéias com as quais não comungam, de protestarem contra políticas governamentais e de se associarem com propósitos de se expressarem. Tais argumentos são desprovidos de mérito. E mais fundamentalmente, os argumentos dos requeridos não levam em conta o fato de que a Emenda Salomon não é uma exigência relativa a aceitação de uma política, mas sim condição que revela senso comum no sentido de aplicação dos fundos por conta dos doadores, que podem decidir para onde dirigir seus recursos. O governo norte-americano oferece fundos federais de montantes consideráveis para financiar a educação, e em contrapartida deseja a mesma oportunidade que as escolas oferecem para demais empregadores em relação ao recrutamento de estudantes.

O governo norte-americano principia insistindo que a *Emenda Salomon* não tem como resultado obrigar que as escolas comunguem com idéias que não concordam. Não haveria violação a direitos de liberdade de expressão consagrados na 1ª emenda à constituição norte-americana. Neste sentido, o debate ganha centro constitucional, e o que se tem, concretamente, é discussão em torno de controle de constitucionalidade da *Emenda Salomon*, pelo método difuso, que é o modelo abraçado pelo sistema norte-

americana, em contrapartida ao modelo concentrado da tradição alemã, que remonta a Hans Kelsen¹⁰.

A peça dos requerentes aponta para o fato de que a *Emenda Salomon* não limitaria o direito das instituições de ensino protestarem contra as ações governamentais, a exemplo de políticas conduzidas pelas forças armadas, contra as quais as faculdades se insurgiam. Na compreensão do governo norte-americano não se violavam direitos de associação, isto é, não se compelia a instituição de ensino de aderir ao conteúdo das propagandas dos recrutadores militares. O grupo FAIR insistia que havia precedente na Suprema Corte a seu favor, a exemplo da decisão proferida no caso Dale, quando se decretou a inconstitucionalidade de uma lei de Nova Jersey que obrigava que escoteiros aceitassem líderes que fossem abertamente homossexuais.

O caso *Boy Scouts of América v. Dale*, de 2000, é paradigma de tema recente, referente ao controle de constitucionalidade de políticas de organizações privadas, e que também indubitavelmente toca em preconceito e em liberdade de opção sexual. James Dale entrou para o grupo de escoteiros em 1978, com a idade de oito anos. Primeiramente como *lobinho*, tornou-se escoteiro em 1981, permanecendo no grupo até os 18 anos. Dale era escoteiro exemplar. Em 1988 Dale fez jus à honraria tornando-se *Eagle Scout*, título distintivo. Em 1989 requereu sua permanência no grupo, como escoteiro adulto. Foi aprovado e tornou-se assistente de líder na Tropa 73. Nesse mesmo ano Dale começou a freqüentar a faculdade. Em seguida tornou-se co-presidente da aliança de *gays* e lésbicas, da faculdade na qual estudava. Em 1990 Dale participou de um seminário, no qual palestrou sobre necessidades psicológicas e físicas de adolescentes homossexuais.

Dale também deu longa entrevista para jornal que cobria o seminário. Advogou que adolescentes *gays* e lésbicas precisavam de modelos homossexuais. A foto de Dale foi publicada junto com a entrevista. No fim daquele mês ele recebeu uma carta do grupo de escoteiros dando notícia de que sua participação no grupo estava encerrada e que sua inscrição fora cancelada. Dale escreveu para o líder do grupo pedindo explicações para o desligamento. O chefe respondeu dizendo que o regulamento dos escoteiros especificamente proibia a participação de homossexuais. Dale imediatamente ajuizou

¹⁰ Consultar, por todos, Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, especialmente o capítulo II, p. 48 e ss., que apresenta estudo vertical comparado a propósito do controle abstrato de normas perante o *Bundesverfassungsgericht* e o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

ação, alegando que o grupo de escoteiros violava a lei relativa ao uso de instalações públicas do estado de Nova Jersey, bem como teria desrespeitado os princípios do *common law*.

A lei de uso de instalações públicas de Nova Jersey proíbe qualquer forma de discriminação em ambientes de uso público, como os locais nos quais os escoteiros se reúnem. O *common law* também veda qualquer modalidade de discriminação. A questão colocada em juízo consistia em se indagar se *um determinado grupo pode excluir pessoa não desejada no caso de que adesão forçada afetaria a liberdade do grupo no que toca a posições tomadas, em questões públicas e privadas*. A questão chegou à Suprema Corte, que decidiu que um grupo tem direito constitucional de excluir pessoa indesejada se a presença dessa pessoa ameaça a liberdade do grupo na expressão de idéias públicas e privadas. Dale colocava questão de territorialidade, o grupo de escoteiros ponderava a partir de questão ideológica. Não se tratava de discriminar a homossexualidade de Dale, tratava-se de se defender princípios do grupo de escoteiros.

Contrariou-se decisão anterior da Suprema Corte de Nova Jersey. A decisão da Suprema Corte em Washington teve William Rehnquist como relator. Os juízes Stevens e Souter foram votos vencidos. Para Stevens a lei não impõe ao grupo de escoteiros a obrigação de divulgar mensagem, portanto não havia desconsideração para com direitos constitucionais. Para Souter nenhum grupo pode reivindicar direitos de escolhas de associados sem identificar especialmente quais mensagens não pretende pregar.

A decisão do caso *Dale*, no entender dos advogados do governo norte-americano, não suscitava nenhum paralelo com a questão de vincularem fundos federais à possibilidade de recrutamento por parte do exército nas instalações das faculdades de Direito nos Estados Unidos. É que a *Emenda Salomon* não dizia respeito a estruturas organizacionais internas, que foram protegidas no caso *Dale*, a exemplo do grupo de escoteiros. Os efeitos da *Emenda Salomon* seriam estruturalmente externos, especialmente porque os empregos oferecidos (no exército) eram trabalhos externos.

Ainda para os advogados do governo norte-americano a *Emenda Salomon* não exigia que as escolas compartilhassem de práticas discriminatórias. Os critérios de distribuição de recursos que a *Emenda Salomon* especifica, informa o governo norte-americano, seguiam modelo federal, chamado de *Spending Clause*, centrados em

requisitos razoáveis e desprovidos de qualquer ambigüidade. Por fim, não haveria nenhum prejuízo a terceiros, no entendimento do governo norte-americano, porque eventuais vedações de repasses de verbas federais envolveriam *apenas* o governo e as faculdades.

5. O *Amicus Curiae* da *American Civil Liberties Union*

A *American Civil Liberties Union* protocolou petição de *amicus curiae*, ao lado de outras instituições de proteção de liberdades civis, a exemplo de *GLAD- Gay & Lesbian Advocates & Defenders*. O primeiro parágrafo do texto a propósito de identificar o interesse na causa explicita a natureza e os contornos da *American Civil Liberties Union*.

A propósito de observação de direito comparado, o *amicus curiae* começa a ser aceito pelo direito brasileiro. Há previsão legal, constante no § 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe que *o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no artigo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades*. No Supremo Tribunal Federal o Ministro Gilmar Mendes destaca-se, entre outros, por conta de concepção alargada de participação de *amicus curiae*, desconsiderando inclusive os prazos da Lei nº 9.868, de 1999¹¹.

Voltando-se à peça sob análise, segue a definição da entidade, em tradução direta:

A União Americana das Liberdades Cívicas é organização nacional de fins não-lucrativos e apartidários, com mais de 400 mil membros, que se dedica a defender os princípios que se encontram na constituição, incluindo o princípio da liberdade de expressão. O presente caso levanta questão de interesse profundo para os membros da União Americana das Liberdades Cívicas. A associação vem a longo tempo se opondo aos esforços governamentais de compelir que se participe na divulgação de uma específica mensagem oficial. Esta associação também vem a longo tempo se opondo aos esforços governamentais de se penalizar aqueles que expõem o próprio pensamento. A União Americana das Liberdades Cívicas tem participado de uma série de discussões judiciais, sempre apoiando os princípios que defende, seja como parte, seja como amicus curiae.

¹¹ Superior Tribunal Federal, Adin nº 2548/PR- Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão de 18 de outubro de 2005. Consultar Informativo STF nº 406.

A linha de argumentação da peça da *União Americana das Liberdades Cívicas* parte de premissa que imputa inconstitucionalidade à *Emenda Salomon*, no sentido de que a discutida emenda imporia *condição inconstitucional* (*unconstitutional condition*). A *Emenda Salomon* obrigaria as faculdades de Direito a prestarem assistência na disseminação de mensagens dos empregadores militares. Isto porque se condicionava o acesso a fundos federais à plena autorização para que representantes das forças armadas pudessem recrutar livremente, nos *campi* americanos. A *Emenda Salomon* estaria penalizando os requeridos, fulminando o pleno exercício da consciência. Por fim, um pouco de formalismo, dado que a petição invocava que os documentos apresentados pelo governo norte-americano não comprovavam que a *Emenda Salomon*, em seus aspectos e desdobramentos concretos, se substancializava como inequivocadamente constitucional.

Conclui-se com parágrafo singelo, que segue em tradução livre:

Este Amigo da Corte respeitosamente requer que este Tribunal afirme que a Emenda Salomon constitui uma condição inconstitucional que viola o direito à livre expressão. Este Amigo da Corte sustenta que a Emenda Salomon não está autorizada a obrigar que se participe na disseminação de mensagens. Sustenta também que a Emenda Salomon penaliza a livre expressão, com base em pontos de vista que deverão ser sustentados, por parte dos requeridos.

6. O Acórdão da Suprema Corte:

O acórdão da Suprema Corte norte-americana no caso *Rumsfeld v. FAIR* foi redigido pelo Presidente daquela casa, o *Chief Justice* John G. Roberts. O tema *liberdade de expressão* consubstancia o pomo da discórdia qualificado na discussão. Identifica-se choque de princípios. Há percepção que justifica a posição das faculdades de Direito, no sentido de que possam restringir liberdade de expressão nos *campi*; por outro lado, suposta restrição, em princípio, afetaria a livre palavra dos recrutadores das forças armadas. E como pano de fundo, tem-se a vedação do acesso a verbas federais, por parte das faculdades que não se adequassem ao paradigma da *Emenda Salomon*. O teste de constitucionalidade da emenda reside em se fixar corretamente para qual lado penderia concepção mais ampla de liberdade de expressão.

A decisão da Suprema Corte não se socorre de articulações teóricas e conceituais, a exemplo de mecanismos de solução de conflitos de princípios, o que conduziria à doutrina alemã, especialmente a partir de diferenciação entre princípios e regras, enquanto expressões concretas de normas jurídicas. A doutrina alemã, que remonta a Robert Alexy, e que no Brasil é divulgada por Gilmar Ferreira Mendes, identifica nos princípios as chamadas posições *prima facie*, mandados de otimização, que exigem juízos de ponderação, como mecanismos de sublimação de colisão. As regras simplesmente se fracionariam em aplicáveis ou não aplicáveis, escolhidas por mecanismos de subsunção, em caso de antinomia¹². No modelo norte-americano faz-se uso de pragmatismo indisfarçável, que nos termos de conhecida tipologia weberiana busca a autoridade na força do precedente.

Em linhas gerais, definiu-se que a *Emenda Salomon* não apresenta nenhuma mácula de inconstitucionalidade. Parte-se de raciocínio que indica que o texto constitucional defere ao Congresso poder para legislar em matéria de defesa, e por conseqüência em assuntos de exército, marinha e aeronáutica. Ao Congresso também cabe o poder de confecção de normas relativas a recrutamento militar. De tal modo, compreensivo que o Congresso regulamentasse a entrada de recrutadores nos *campi*, mesmo vinculando a permissão ao acesso a fundos públicos, por parte das faculdades, nos termos da *Spending Clause*.

Realisticamente, a Suprema Corte norte-americana definiu que a *Emenda Salomon* oferece às faculdades de Direito uma escolha: não restrinjam o acesso de recrutadores militares nos *campi* ou esqueçam fundos federais. As escolas, assim, estariam livres até para não aceitarem tais fundos, o que fariam indireta e implicitamente, na medida em que resistissem à entrada de recrutadores nos *campi*.

No entender do acórdão, não se estava violando a primeira emenda à constituição norte-americana. E por conseqüência não se poderia cogitar de inconstitucionalidade da *Emenda Salomon*. A *Emenda* não limitaria o que as faculdades pudessem dizer, apenas exigiria, no caso dos recrutadores nos *campi*, que as escolas não dissessem nada. As escolas poderiam falar o que quisessem em assuntos políticos, e até poderiam criticar a

¹² Consultar, por todos, Gilmar Ferreira Mendes, in Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 241 e ss.

presença dos militares nos *campi*; estas, as exatas medidas, no entender da Corte, de que os direitos de livre expressão estariam resguardados.

A *Emenda Salomon* regulamentaria conduta, e não fala. Afetaria o que as escolas devem fazer e não que as escolas pudessem dizer. A liberdade de expressão estaria restringida se existisse ordem governamental no sentido de que as escolas fossem constringidas a dizer o que as autoridades quisessem; e esse não seria o caso.

Liberdade de expressão é circunstância normativa que suscita miríade de pormenores e circunstâncias distintas. É assunto recorrente no direito brasileiro, e entre nós o problema se desdobra em suas mais variadas formas. No caso norte-americano aqui estudado, embora a liberdade de expressão qualificasse questão seminal, debate ideológico complexo, entre liberais e conservadores, efetivamente marcou a questão. A Suprema Corte reverteu a decisão do Tribunal do 3º Circuito; o grupo FAIR perdeu a causa. Decidiu-se que a *Emenda Salomon* não aponta para nenhuma inconstitucionalidade.

Liberais pontificam nas universidades norte-americanas, vinculam-se ao partido democrata e exploram o conservadorismo do partido republicano, que presentemente conta com maioria de indicados na Suprema Corte. A decisão que incidentalmente apontou para a constitucionalidade da *Emenda Salomon* parece oferecer duas lições. Do ponto de vista estritamente jurídico, comprova-se a imprestabilidade de controle abstrato de constitucionalidade naquele país. Não há nos Estados Unidos *judicial review* de feição principal, direta, por via de ação, objetiva ou fechada. O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, como visto, é difuso, incidental, indireto, por via de exceção, subjetivo e aberto.

À luz de reflexão de caldo conceitual menos purista e mais político, atenta-se para avanço do neoconservadorismo, que se realiza na imagem de George W. Bush como intrépido e pragmático, destemido e resolvido, líder insurgente cuja rebeldia consiste em sufocar rebeldes. Exatamente como na sátira de George Orwell, na qual fala-se em liberdade para matá-la...

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARNES, Fred. *Rebel in Chief, Inside the Bold and Controversial Presidency of George Bush*. New York: Random House, 2006.

BLOOM, Allan. *The Closing of American Mind*. New York: Touchstone Book, 1987.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law- Principles and Policies*. New York: Aspen Law, 2002.

COULTER, Ann. *Treason*. New York: Crown, 2003.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust- A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FUKUYAMA, Francis. *America at the Crossroads*. New Haven: Yale University Press, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

HEINEMAN, Robert A., PETERSON, Steven A. e RASMUSSEN, Thomas H. *American Government*. New York: McGraw-Hill, 1995.

IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*. New York: Penguin Books, 1999.

KAISER, Charles. *1968 in America*. New York: Grove Press, 1988.

MEADOR, Daniel John. *American Courts*. St. Paul: West Group, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOORE, Michael. *Stupid White Men*. New York: Harper Collins, 2001.

RUTLAND, Robert Allen. *The Republicans*. Columbia: University of Missouri Press, 1998.

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. New York: Perseus Book, 2005.