

Suprema Corte norte-americana: uma visão histórico-constitucional

Newton de Oliveira Lima*

1. Introdução

Analisar a estrutura do judiciário norte-americano é percorrer o itinerário de volta a 1787, ano da reunião da Convenção da Filadélfia onde se iniciaram os debates em torno da gestação da nova carta política do país, o que significou o primeiro grande movimento de debate de uma nação moderna sobre a definição de seu destino, abrangendo todas as questões circundantes e de monta na discussão: religião, moral, política, jurídicas etc.

De antemão, é de se dizer que o peculiar nessa estruturação constitucional, é que ela buscou debater a fundo as questões de uma nação em formação, mesmo admitindo uma ascendência nos debates da classe escravocrata e comercial, da elite política nascente nos treze Estados inaugurais da federação estadunidense, percebe-se que o processo de discussão que vai se desenvolver até Julho de 1788 com a promulgação do texto da Constituição da Filadélfia (1787) e sua aprovação pelo Congresso¹, teve a participação de diversos setores integrantes da vida nacional, como os profissionais liberais, os pequenos comerciantes, enfim, a pequena burguesia esteve presente na confecção da Carta Política.

* Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB; Mestre em Direito pela UFRN.

1 FARNSWORTH, 1944, p. 7.

Tanto houve discussões sobre a configuração da Carta Política de 1787 que do contexto dos debates da época originou-se a clássica obra de ciência política e direito constitucional e político que é “O Federalista”², de autoria de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, verdadeiro monumento da consolidação das discussões políticas e jurídicas da época, cujo grande adversário do federalismo foi Thomas Jefferson.

“O Federalista” é prova maior da vitalidade da democratização constitucionalizada discursivamente nos Estados Unidos, pois inspira o movimento jurisdicional que marcou decisivamente a vida constitucional do país na “Corte Marshall” a partir de 1803, e a vida política, sendo a base doutrinária para a edificação do Partido Federalista, ao qual pertenceu o primeiro presidente, o general George Washington, que toma posse em 1789.

Surge, então, a indagação: que condições democráticas, jurídicas e políticas são essas presentes na Carta de 1787 e que perduram como de fundamental importância para a construção da democracia norte-americana? Como a configuração das forças políticas originais influenciou sobre a construção do direito e, especificamente, do direito constitucional e sua jurisdição nos EUA?

Começar a análise pela clássica posição de Alexis de Tocqueville concede uma luminosidade e direcionamento interessantes. O clássico “A Democracia na América”³ imprime uma análise sócio-política global da juridicidade e da politicidade estadunidenses, revelando como houve a interferência premente da própria estrutura política e democrática de formação do país sobre o direito e as instituições em geral, assim como esse *ethos* democrático original fez com que o povo norte-americano fosse criando, reforçando historicamente, uma cultura jurídica democrática e ao mesmo tempo fortemente judicial, com o destacado papel da Suprema Corte desde os primórdios da vida da nação.

Tocqueville⁴ mostra como na América, como ele denomina geralmente os EUA, a cultura de participação cívica difundida formou-se em torno do mecanismo da associação civil para os mais diversos fins e como essa cultura de participação contrapôs-se ao Estado e todas as formas de centralização de poder.

2 HAMILTON *et al.*, 1984.

3 TOCQUEVILLE, 2005, vol. 1.

4 *Idem*, p.78.

Por óbvio que os processos de implementação da democracia e da constitucionalidade não foram completamente determinados por uma radicalização da democratização, mas implicaram em disputas bem acentuadas entre defensores de um constitucionalismo com características de defesa de direitos fundamentais e de mecanismos de dificuldades de eleição e expressão populares (federalistas), capitaneados por James Madison⁵, e uma outra corrente política que defendia a radicalização dos processos de participação e discussão democrática, sem elitismos nem direitos não votados pela maioria, posição liderada por Thomas Jefferson, Thomas Paine, dentre outros⁶.

Dessa forma o poder judiciário não se estruturou apenas com a base doutrinária clássica do liberalismo político e suas bandeiras clássicas de divisão dos poderes, inércia do juiz perante a lei, não ingerência nos demais poderes etc, mas formou-se e sempre esteve atento, porque desde o início foi-lhe cobrada, uma atenção específica com a vontade social material, não tanto no aspecto da fundamentação das sentenças, mas na verificação, aferição, dessa vontade.

O judiciário (leia-se principalmente Suprema Corte) nunca foi, assim como o Estado Federal em geral, um ente abstrato, distante, que se impunha sobre os acossados Estados membros e suas populações. Pelo contrário, observa-se na história norte-americana o inverso, sendo que por vezes diversos Estados criaram entraves e intensas discussões sobre projetos federais, cuja expressão maior foi a guerra civil entre 1861 e 1865⁷.

2. Jurisprudência constitucional

A estrutura básica do judiciário estadunidense foi-se desenhando desde o nascedouro, como dependente da política e do civismo popular fiscalizador. Foi um judiciário marcado desde o princípio com um compromisso de forte intercâmbio comunicativo com a opinião pública e o espaço político, o espaço público enfim, para expressar e sintetizar na atual linguagem filosófico-sociológica habermasiana⁸, o que se traduziu por

5 BESSETE, 1996, p. 292.

6 *Idem*, p. 310.

7 ACKERMAN, 2006, p. 58.

8 HABERMAS, 2002, p. 502.

uma constante cobrança pelo direcionamento ético e política na aplicação do direito pelos tribunais.

O fato é que a evolução política americana é pano de fundo e diretiva constante para se entender o processo de desenvolvimento do direito judicial e constitucional norte-americano. Assim, desde as primeiras disputas políticas, emergiram questões jurídicas de fundo. Primeiramente, é de se mencionar a disputa entre os democratas e os federalistas.

O projeto de construção da União esbarrou desde as discussões da Convenção da Filadélfia e até mesmo antes, na Confederação de 1776 ratificada pelos treze Estados-membros em 1781, e mesmo depois, com o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) de 1791, conjugando as dez primeiras emendas à Constituição⁹, como uma forma de minimizar o poder do Estado sobre o cidadão e os Estados-membros.

A querela entre federalistas, que defendiam um governo central forte e destinado a expressar grandes políticas comuns para o país, incluindo aí um judiciário constitucional centralizado e a proteção de direitos fundamentais, e os democratas de então, que pretendiam uma autonomia de auto-determinação do povo ante ao formalismo constitucional e a gestão regional, expressou-se no processo político e sua ascendência sobre a construção do papel da Suprema Corte.

A eleição de John Adams em 1797 representou um federalista convicto no poder, o qual nomeou John Marshall em 20 de Janeiro de 1801 para *Chief Justice* (Chefe de Justiça) da Suprema Corte¹⁰. O problema político circundante à atividade da “Corte Marshall” entraria em voga, pois o presidente Adams (Partido Federalista) fora derrotado por Thomas Jefferson em 1801, o que representou a ascensão dos democratas ao poder, com o Partido Democrata Republicano.

John Marshall, comprometido com os princípios do liberalismo conservador e do federalismo implementado nos governos de George Washington (1789-1797) e John Adams (1797 a 1801)¹¹, logo se chocaria com a visão democrata e descentralizadora de Jefferson.

William Marbury¹² fora nomeado pelo presidente Adams para o posto de juiz de paz do Distrito de Columbia, tendo sua posse retardada,

9 CAENEGEM, 1995, p. 154.

10 LEVY, 1989, p. 68.

11 *Idem*, p. 73.

12 *Idem*, p. 69.

somente podendo ser feita já no mandato presidencial de Jefferson, cujo Secretário de Estado James Madison se recusou a efetivar a nomeação por motivos obviamente políticos. O fato, porém, é que a nomeação foi ato do presidente Adams e a Lei do Judiciário em sua seção 13 autorizava a Suprema Corte a se pronunciar a respeito.

Marbury¹³ interpôs um *writ of mandamus* contra o ato de Madison perante a Suprema Corte a fim de assegurar sua posse baseado na legalidade do ato administrativo de Adams. A decisão da corte constitucional norte-americana, da lavra do seu presidente John Marshall em 1803, foi no sentido de declarar inconstitucional a seção 13 da Lei do Judiciário e mantendo a decisão do presidente Adams, pois a declaração de nulidade a Suprema Corte não poderia se pronunciar sobre ato administrativo, mas apenas sobre a constitucionalidade.

Dessa forma, a Suprema Corte utilizava de maneira paradigmática o poder de revisão judicial sobre a interpretação da lei e o controle de constitucionalidade, evitando um conflito de poderes e fixando essa função hermenêutica precípua da corte constitucional estadunidense.

A partir da gestão Marshall, a Suprema Corte fixou sua independência frente ao Executivo. E isso não foi feito à revelia de uma postura política, pelo contrário, expressou o compromisso com a decisão jurídica expressa na contextualidade dos fatos políticos relevantes. Caso a decisão de Marshall não fosse aquela, estaria aberta uma querela direta entre poderes de conseqüências imprevisíveis para os destinos da recém criada federação americana.

Outro aspecto paradigmático da decisão de 1803, esse referente intrinsecamente à hermenêutica constitucional, é que ela concede uma interpretação “originalista”, consonante à Constituição, que em seu artigo 3º, seção segunda, prevê a competência do judiciário para apreciar a lei¹⁴. A Lei do Judiciário (*Judiciary Act* de 1789) ampliava essa competência. Marshall interpreta em sentido estrito a incidência da supracitada norma constitucional, e pretende uma decisão conforme a Magna Carta.

A decisão, dessa forma, incita uma doutrina de pensamento conservador na hermenêutica constitucional estadunidense que terá larga influência no decorrer dos anos – o “originalismo”, corrente de interpretação da

13 O'BRIEN, 2005, p. 50.

14 Constituição dos Estados Unidos da América (Apêndice). In: COOLEY, 2002, p. 353.

Magna Carta que preconiza a busca do sentido original de um texto e a fixação hermenêutica desse sentido. Grande parte da tradição conservadora na tradição interpretativa constitucional nos EUA seguirá esse paradigma, justificando um respeito às metas, valores e contexto originais de formação constitucional. A paradigmática busca da intenção original dos “pais fundadores” da Carta de 1787.

Por outro lado, a decisão de 1803 implica doutrinariamente em um interpretativismo, porquanto indica, ao anular a seção 13 da Lei do Judiciário, que existe uma intenção na Constituição que não pode ser modificada, a de que somente a Suprema Corte pode se pronunciar sobre constitucionalidade da lei e do ato administrativo. Ora, essa estrita *interpretatio* conforme não admite construção, já se tem, portanto, o nascimento de uma visão ‘interpretativa’, que depois viria a ser questionada por uma acepção ‘constitutiva’ ou ‘não-interpretativista’ da constitucionalidade.

A decisão de Marshall prossegue o projeto federalista de independência e centralidade da Suprema Corte na condução da vida judicial do país, ao tempo que reforçava a independência administrativa do mérito da decisão do chefe do Executivo, no caso do ato de Adams. O poder de revisão judicial (*judicial review*) enquanto controle de constitucionalidade está firmado. As decisões posteriores, *Gelston v. Hoyt* 16 U.S. 246 (1818), *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316 (1819) confirmam a tendência¹⁵.

No domínio do ideário federalista, o fortalecimento do poder da União Federal e do judiciário ante os demais poderes, foi a tônica do período de liderança na Suprema Corte de John Marshall até 1835. A partir do presidente Andrew Jackson, eleito em 1829, e seu sucessor Marin Van Buren (1837-1841), a Suprema Corte passa por modificações graduais, com a nomeação de juízes para a Suprema Corte que estavam mais alinhados aos postulados de seu projeto político democrata.

Se os federalistas haviam nomeado juízes que comungavam de seu ideário, com Jackson a tendência se reverteria¹⁶, o que fica claro é o compromisso dos juízes com o campo político, porém sem se reduzirem a ele, mas dialogando com o mesmo¹⁷, seja a favor ou contra o poder governativo então dominante, caminho percorrido pelo judiciário estadunidense desde então.

15 LEVY, 1989, p. 75.

16 ACKERMAN, 2006, p. 105.

17 ACKERMAN, 2006, pp. 104-105.

Jackson consegue impor-se nomeando vários juizes entre 1835 e 1837¹⁸, e desde a chamada “Corte Taney” (1836-1864) o ideário democrata prevalece: descentralização do poder da União em benefício dos Estados-membros, anti-abolicionismo e anti-indigenismo, em favor da auto-determinação do povo americano branco¹⁹.

A Suprema Corte em *Worcester v. Georgia* 31 U.S. 515 (1832) optou pela decisão favorável aos índios contra a vontade do presidente Jackson e da população do Estado da Geórgia que se negava a desocupar área destinada à moradia indígena²⁰.

O ideário democrata de defesa dos Estados federados saiu vitorioso na decisão do caso *New York v. Miln* 36 U.S. 102 (1837) a tendência de regulamentação federal do comércio estabelecida, por exemplo, em *Gibbons v. Ogden* 22 U. S. 1 (1824) como visto acima, foi descaracterizada, concedendo-se a cada Estado o direito de traçar políticas estaduais de fomento ao comércio e de combate à miséria da população²¹.

O anti-abolicionismo fortaleceu-se na decisão do *case Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857). O escravo Dred Scott não obteve o reconhecimento de sua liberdade mesmo tendo residido dez anos no Estado de Illinois, que abolira a escravidão e seu Estado de origem, o Missouri, possuía lei estadual que previa o compromisso de reconhecimento da liberdade em casos como o de Scott. A Suprema Corte decidiu que a lei estadual do Missouri era inconstitucional, pois não poderia ser extensível ao escravo a condição de cidadania²².

Os conflitos internos nos EUA entre a maioria democrata do Sul do país, escravagista, latifundiária, defendendo uma visão interpretativa estrita do *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) integrante da Constituição, e a maioria republicana (o atual Partido Republicano foi fundado em 1854) no Norte, ex-federalistas, abolicionistas, liberalistas econômicos, industrialistas, fez explodir entre 1861 e 1865 a Guerra Civil.

Com a vitória do Norte e a presidência de Abraham Lincoln (1861-1865), inicia-se uma fase de Reconstrução, embora o assassinato do pre-

18 *Idem*, p. 105.

19 *Idem*, p. 109.

20 *Idem*, p. 104.

21 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1837/1837_0/. Acesso: 26 de Outubro de 2008.

22 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1856/1856_0/. Acesso: 26 de Outubro de 2008.

sidente reeleito (1865) marcasse a continuidade do ódio entre as facções sócio-político-ideológicas, de Andrew Johnson (que assumiu com o assassinio de Lincoln) em diante o predomínio do Partido Republicano, que elegeu boa parte dos presidentes entre 1865 a 1933.

O fato é que com o Partido Republicano e sua influência sobre a Suprema Corte houve avanços na igualização formal entre brancos e negros e demais membros étnicos do povo estadunidense, mas ainda longe de representar uma conquista plena de direitos fundamentais, pois o compromisso maior no período que vai de 1865 a 1933 foi com o liberalismo econômico do *laissez-faire laissez-passer* (deixar fazer, deixar passar), beneficiando o crescimento econômico para a população branca em detrimento da distribuição de renda e da igualdade material entre as etnias²³.

O fato é que o projeto de extensão dos direitos fundamentais do Partido Republicano e a absorção pela Suprema Corte esteve na esteira da modernização econômica do país e a superação do modelo sócio-econômico latifundiário sulista, sendo que o negro livre poderia ser tomado como mão-de-obra paga, inserido-se, dessa forma, no crescente industrialismo do país.

Quando a igualdade atingiu os reclamos de direitos sociais a partir do início do século XX, como ressonância das reivindicações desde o final da escravidão e a falta de assistência social aos negros libertados desde a XIII Emenda de 18 de Dezembro de 1865²⁴, a Suprema Corte firmou seu liberalismo conservador, como no caso *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905), considerando inconstitucional a lei do Estado de New York que limitava em 10 horas por dia ou 60 horas semanais o contrato de trabalho, por atacar a liberdade contratual prevista na 14ª Emenda sendo uma lei “sem fundamento razoável”²⁵.

Em *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896)²⁶ Adolph Plessy negou-se a sentar na parte do trem no Estado de Louisiana destinado a negros e, sentindo-se discriminado, ingressou judicialmente para obter declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que concedia vagões de iguais características, mas separados para brancos e negros. A Suprema Corte conside-

23 O'BRIAN, 2005, p. 38

24 Emendas à Constituição (Apêndice). In: COOLEY, 2002, p. 361.

25 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_292/. Acesso : 26 de Outubro de 2008.

26 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1895/1895_210/. Acesso: 26 de Outubro de 2008.

rou a lei compatível com a 14ª Emenda e sua determinação por igualdade, assim, a segregação não seria anti-isonômica.

A interpretação restritiva da Quarta Emenda através da adoção da doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais) teve incidência nas decisões *Buchanan v. Warley* 245 U. S. 60 (1917) e *McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway* 235 U.S. 151 (1914)²⁷.

O combate da Suprema Corte sob a chefia do juiz Edward White (1910-1921)²⁸ aos trustes comerciais, aplicando a lei Sherman antitruste (*Sherman Act Antitrust* de 1890) nos casos *United States v. Standard Oil Company* 221 U.S. 1 (1911) e *American Tobacco Company v. United States* 221 U.S. 106 (1911), expressa o compromisso com a livre concorrência enquanto parte do ideário liberal econômico.

Esse liberalismo econômico extremamente fortalecido foi que, sem controle do Estado e sem visão social e laboral, esteve na causa da crise de 1929, e as medidas do presidente republicano Hebert Clark Hoover (1929-1933) impotentes diante do caos econômico, tiveram de ser suplantadas por uma visão econômica intervencionista do Estado e implementadora de direitos e proteção sociais na presidência democrata de Franklin Delano Roosevelt (1933-1944).

Roosevelt chocou-se frontalmente contra a Suprema Corte de ideário liberal e privatista, e seu mandato foi marcado pela tentativa de combater a corte em sua visão conservadora, sendo que por fim o presidente logrou êxito após utilizar-se de larga pressão política²⁹, e a partir de 1933 a 1937 a postura do tribunal constitucional foi em geral favorável às medidas de ampliação dos direitos sociais, de reconhecimento da constitucionalidade das políticas públicas intervencionistas e de transformação dos grandes valores constitucionais (liberdade, igualdade etc)³⁰.

O presidente da Suprema Corte até 1941, Charles Hughes, terminou por modificar a linha ideológica liberal das decisões do tribunal para uma linha social, condizente com as intenções de Roosevelt. Até a mudança de direcionamento da Suprema Corte de 1933 a 1937 sob o impacto do *New Deal*, a aplicação do devido processo formal para assegurar liberdades privadas de diversas espécies (concorrência, comércio, circulação, locomoção

27 LEVY, 1989, p. 204.

28 LEVY, 1989, p. 199.

29 O'BRIEN, 2005, p. 128.

30 ACKERMAN, 2006, p. 150.

de bens e pessoas etc) e o escanteamento da *equal protection* da 14ª Emenda representava uma concepção formalista de processo e não uma visão finalística e substancialista que buscasse concretizar e estender efeitos da referida Emenda.

Uma decisão relevante é a de 1937, no caso *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* 301 U.S. 1 Esta última descumpriu dispositivos da Lei Nacional das Relações de Trabalho (votada sob influência do governo Roosevelt pelo Congresso) de 1935, ao demitir trabalhadores e prejudicar o comércio interestadual. A Junta Nacional de Relações de Trabalho levou o caso à Suprema Corte que considerou :

a paralisação das operações de produção por conflito industrial teriam um impacto muito sério sobre o comércio interestadual. A prática tem sido pródiga em demonstrar que o reconhecimento do direito dos empregados de ter suas próprias organizações e de escolher representantes para atuar em negociações coletivas é quase sempre uma condição essencial para a paz industrial³¹.

A Suprema Corte optou por uma decisão que beneficiou o direito trabalhista ao definir a constitucionalidade da Lei Nacional das Relações de Trabalho, firmando a regulamentação do comércio e a proteção e auto-organização laboral. Em *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* 301 U.S. 1 a Suprema Corte considerou os direitos trabalhistas como direitos fundamentais, numa clara construção inovadora para a época³².

O período histórico de extensão de direitos fundamentais seria então iniciada, em um amplo movimento que foi desde os direitos sociais e econômicos, incluindo os trabalhistas, até a busca da equiparação civil completa, desconstruindo as formações jurídicas tradicionais e construindo novas interpretações para as cláusulas de igualdade, criando por assim dizer novos direitos.

A fase que vai de 1937 até meados da década de oitenta indica o período de maior ativismo judicial não-interpretativista (construtivista) em prol da implementação de direitos fundamentais da história da Suprema Corte.

31 Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/301/1/case.html>. Acesso: 26 de Outubro de 2008.

32 *Ibidem*.

A chamada “Corte Warren” (1954-1964) e a “Corte Burger” (1964-1986) que a sucedeu, e o governo de John Fitzgerald Kennedy (1960-1963) são os marcos dessa mudança de paradigmas políticos e jurídicos.

A Suprema Corte sob a condução de Earl Warren (1954-1964) e Warren Burger (1964-1986) decidiu casos relevantes em favor de uma interpretação construtiva e ampliadora de incidência do *Bill of Rights* e das Emendas constitucionais (13^a, 14^a) sobre as relações privadas, o que levou ao fim da segregação escolar entre negros e brancos a partir do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U. S. 483 (1954), onde se reconhecer que não admissão de crianças negras em escolas públicas com vagas destinadas a brancos causava um sentimento de inferioridade nas mesmas e era atentatório à igual proteção prevista constitucionalmente. Separados mais iguais foi considerado inadmissível na educação pública³³ A decisão estendeu-se para diversos casos semelhantes tais como *Briggs v. Elliott* e *Davis v. County School Board of Prince Edward County*³⁴.

Em *Brown v. Board of Education of Topeka* 349 U. S. 294 (1955)³⁵, foi decidido que as escolas teriam que implementar o mais rapidamente possível as diretrizes igualitaristas definidas em *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U. S. 483 (1954).

Quanto ao devido processo legal, decisões que garantiram a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório aos acusados em *Gideon v. Wainwright* 372 U. S. 335 (1963)³⁶ foi assegurado o direito do acusado ser acompanhado por um advogado no processo.

Em *Miranda v. Arizona* 384 U. S. 436 (1966)³⁷ se firmou que o processo penal no qual o acusado foi ouvido em sala de interrogatório fechada e sem ser informado do direito a assistência de um advogado é inconstitucional por violar a 5^a Emenda. Firmou-se o direito do acusado permanecer em silêncio até ser acompanhado de advogado. O conceito de tortura não é apenas físico, mas também psicológico. A promotoria não poderia utilizar-

33 Disponível em : http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1952/1952_1/. Acesso: 28 de Outubro de 2008.

34 *Ibidem*.

35 Disponível em : http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1954/1954_1/. Acesso: 28 de Outubro de 2008.

36 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1962/1962_155/. Acesso: 28 de Outubro de 2008.

37 Disponível em : http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1965/1965_759/. Acesso: 28 de Outubro de 2008.

se de provas obtidas de confissões feitas sem assistência de advogado ou mediante tortura psíquica.

O governo do democrata John Kennedy (1960-1963) tornou-se paradigmático na defesa das minorias. O próprio presidente pertencia a uma minoria religiosa (católicos), e todas as suas políticas públicas e de seu Secretário de Justiça e irmão Robert Kennedy, foram no sentido de afrontar posturas conservadoras, como a do governador do Alabama, George Wallace, que se negava a aceitar o ingresso de negros em colégios do seu Estado.

Por fim, as lutas políticas e judiciais do período culminaram na aprovação do *Civil Rights Act* (Lei dos Direitos Cívicos) de 1964, que garantiu o fim da segregação civil entre brancos e negros. A partir de 1963 políticas de ação afirmativa (*affirmative actions*) foram implantadas no governo democrata de Lyndon Johnson (1963-1968) com o fito de realizar condições de promoção social de negros e outras minorias étnicas e sexuais, e nomeou o primeiro juiz negro para a Suprema Corte, Thurgood Marshall, em 1967³⁸.

A 'Corte Burger' decidiu ainda o importante caso *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) no qual ficou decidido que a mulher pode interromper a gravidez até o primeiro trimestre da gestação³⁹. Considerou-se o direito à intimidade como assegurado pela 14^a Emenda, já protegido no caso da intimidade dos cônjuges em decidir pelo uso de contraceptivos e a proibição ao Estado de deixar de vender contraceptivos a casais, na decisão precedente *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965)⁴⁰.

Norma MacCorvey (vulgo 'Jane Roe') alegou ter sido vítima de estupro e ingressou na Corte local do Estado do Texas, a fim de obter autorização para abortar. O Tribunal estadual reconheceu o direito apenas com base no fundamento de que houve estupro, mas negou a liminar requerida para a realização imediata do aborto.

Jane Roe ingressou na Suprema Corte contra o Estado do Texas (representado na pessoa do procurador-geral, Henry Wade) alegando violação do direito à privacidade previsto na 14^a Emenda à Constituição dos EUA no sentido de que privacidade implica a livre disposição do próprio corpo, e no caso da mulher implica reconhecer o direito de continuar ou

38 Disponível em: http://www.oyez.org/justices/thurgood_marshall/. Acesso: 28 de Outubro de 2008.

39 DWORKIN, 2003a, p. 7

40 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1964/1964_496/. Acesso: 28 de Outubro de 2008.

não uma gravidez⁴¹.

O juiz da Suprema Corte Harry Blackmun⁴², que lavrou o parecer da Corte, alegou que a decisão do tribunal do Texas violou a 14^a Emenda, e concedeu liminar para Roe realizar o aborto.

A partir dessa decisão os movimentos conservadores de matriz cultural, religiosa e política, encampados geralmente pelo Partido Republicano, passaram a colocar a nomeação de juízes ‘originalistas’, ‘interpretativistas’ ou conservadores como sua plataforma política de campanha eleitoral.

Já Richard Nixon em sua campanha de 1972 dizia ser defensor de um judiciário comprometido em manter-se nos limites da lei e dos “valores tradicionais”, e não fazer como a ‘Corte Warren’ que ‘dobrou’ a lei⁴³. Nixon nomeou William Rehnquist para a Suprema Corte, que inclusive votou contra a decisão majoritária em *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) juntamente com o Justice Byron White.

Na verdade, as políticas de governo voltadas para as ações afirmativas foram consideradas pela Suprema Corte a partir da década de 70 em várias de aplicações extensivas de direitos civis e trabalhistas com base em interpretações sobre a incidência de políticas públicas de promoção de grupos discriminados.

O que os conservadores na verdade combatiam era o que consideravam excessos de intervenção do judiciário através de um construcionismo judicial exacerbado e desrespeitoso para com a vontade popular. O antigo debate entre democratas deliberativos e federalistas constitucionalistas estava renovado agora entre os republicanos tradicionalistas e deliberativistas e os liberais considerados de ‘esquerda’, defensores políticos dos juízes ativistas⁴⁴.

Ronald Reagan e George Bush prometeram nas respectivas campanhas eleitorais mudar a Suprema Corte, e nomearam como juízes Sandra O’Connor, David Souter, Anthony Kennedy, Clarence Thomas e Antonin Scalia⁴⁵ na busca de reverter precedentes de proteção a direitos de mino-

41 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971_70_18/. Acesso: 28 de Outubro de 2008.

42 Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971_70_18/. Acesso: 28 de Outubro de 2008.

43 DWORKIN, 2003b, p. 220.

44 DWORKIN, 2003a, p. 9.

45 *Idem*, p. 175.

rias como *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) e de colocar no tribunal constitucional e nos demais tribunais federais do país juízes conservadores.

No entanto, a decisão prossegue vigorante, pois na prática os juízes decidem com razões jurídicas que não simplesmente o conjunto de determinada orientação político-ideológica. Em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, a Corte poderia ter desconstruído *Roe v. Wade* e não o fez⁴⁶, mantendo conseqüências de limitação de *Roe v. Wade* sobre a legislação anti-aborto estadual, o que desagradou os conservadores.

Na decisão de *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986) a Suprema Corte considerou a lei anti-sodomita do Estado da Geórgia constitucional, uma plausível restrição da liberdade sexual com base em uma interpretação restritiva da abrangência da intimidade⁴⁷.

Um balanço analítico da *Rehnquist's Court* mostra que os juízes Scalia, Rehnquist e Thomas formaram um bloco conservador; O'Connor e Kennedy um bloco conservador 'moderado', de 'centro' e Ginsberg, Stevens, Breyer e Souter, um bloco liberal e ativista⁴⁸.

Esse movimento conservador da 'Corte Rehnquist' (1986-2005) como se caracterizou sucintamente acima, teve sério compromisso com a concepção 'originalista' e *self-restraint* (auto-restritiva) do papel criador do juiz constitucional⁴⁹.

Em 2005, o presidente George Bush nomeou *Chief Justice* da Suprema Corte John Roberts, o que representa na prática uma volta do tribunal constitucional norte-americano a um combate contra a postura ativista liberal ou construtivista, em prol de uma interpretação *self-restraint* (auto-restritiva) do papel criador do juiz e comprometida, ainda, com a busca de uma visão 'originalista' da Constituição⁵⁰.

O fato é que com a atual "Corte Roberts" o sistema de proteção das ações afirmativas, intensamente desenvolvido pela Suprema Corte desde 1954 a partir do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, começa a ser revisto. Em *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School*

46 *Idem*, p. 9.

47 *Idem*, p. 181.

48 WOLFE, 2004, p. 204.

49 *Idem*, p. 205.

50 Disponível em: <http://www.oyez.org/courts/roberts/robt2/>. Acesso: 29 de Outubro de 2008.

*Dist. No. 1 et al. 551 U.S. (2007)*⁵¹, o sistema de desenvolvimento do espaço escolar segregacionista entre brancos e negros julgado inconstitucional pela Suprema Corte desde 1954 voltava a ser reconhecido como aplicável em algumas escolas de Seattle e Louisville.

O interessante é que a supracitada decisão merca bem a divisão ideológica da Corte: de um lado, votaram vitoriosamente, acompanhando o *Chief Justice* John Roberts⁵² os juízes Antonin Scalia, Samuel Alito, Clarence Thomas e Anthony Kennedy, definindo o campo conservador e interpretativista, do outro lado, os votos vencidos dos *Justices* John Paul Stevens, Ruth Ginsburg, Steven Breyer e David Souter, de postura independente ou comprometidos com o pensamento liberal e ativista-construcionista.

3. Conclusão

Sintetizando esse painel histórico ainda bastante sucinto para descrever uma história constitucional tão rica e detalhada, o que efetivamente extrair em termos de contribuição hermenêutico-constitucional dessa evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana?

Percebe-se que a grande influência do elemento político nas decisões causa um direcionamento objetivo na condução do processo decisória. A noção de imparcialidade e legalidade estritas presentes na ideologia judicial que permeia o Estado Moderno em termos de racionalidade da decisão parece comprometida em decorrência da politicidade estrutural que cerceia os julgamentos da Suprema Corte.

Essa politicidade de grau elevado, conquanto seja elemento sintético do Estado Constitucional enquanto mediador entre questões políticas e questões jurídicas que estruturalmente envolvem os casos constitucionais, no caso americano o judiciário constitucional historicamente transcendeu a legalidade em função de optar por ser uma forma de “voz da consciência da nação” nos momentos de superação da desigualdade, ou um meio de discussão das temáticas públicas, como no caso das decisões que asseguraram a instauração do *New Deal* em 1937.

Através da busca de se constituir naquilo que Rawls⁵³ denominou de

51 Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/551/05-908/index.html>. Acesso: 29 de Outubro de 2008.

52 *Ibidem*.

53 RAWLS, 2000, p. 288.

'foro da razão pública' no Estado Democrático de Direito, a experiência histórica da Suprema Corte fez com a mesma se tornasse a Corte mais ativista jamais existente. Esse ativismo que encaminhou as discussões jurídicas sob um grande pano de fundo e uma finalidade políticas, fez com que a sociedade fosse tomando a Corte como um norte de racionalidade pública não meramente jurídico-formal, mas sócio-política que incita a uma legitimidade construída discursivamente.

No entanto, a transcendência da legalidade estrita e a presença das pressões políticas sobre a Suprema Corte, por vezes fizeram do ativismo igualmente um perigo de substituir a análise jurídico-metodológica dos casos pela necessidade de se dar uma resposta às indagações políticas que contextualizam os casos concretos.

Esse, aliás, é um argumento constantemente utilizado pelos conservadores para atacar os excessos ativistas dos juízes 'liberais'. Se tomarmos em consideração as matrizes do positivismo em sua concepção de normatividade como um objeto não problemático, inserto na construção da decisão a partir da racionalidade silogística e objetiva de uma interpretação limitada aos ditames internos da legalidade, pode-se concordar com a crítica de que a *construction* feita pela Suprema Corte, que apela para fatores extra-legais na interpretação, seja realmente uma "deturpação da lei".

Tomando a crítica da legalidade a partir do reconhecimento de sua insuficiência e de sua auto-referência validativa, enfim, se problematizarmos o objeto de interpretação (a norma) e o conceito de interpretação conforme a lei, ou conforme a Constituição, vê-se que os cânones da interpretação clássica (filologia, sistematicidade, logicidade silogística, historicidade) de Savigny⁵⁴ já não servem para abarcar a politicidade, a publicidade, a socialidade, o multiculturalismo, e todas as hipercomplexas nuances que envolvem a hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, trabalhar com elementos extra-legais, que interceptando fora da legalidade a esfera de relação da concretização da norma constitucional, o plano fático-axiológico em suas tensões na sociedade multicultural, se perceberá a necessidade de uma construção e não simplesmente de uma interpretação. Esse o cerne da problemática constitucional nos Estados Unidos (e num contexto aproximado também no Brasil) entre um

54 SAVIGNY, 2005, p. 24.

ativismo judicial construtor de direitos e uma atividade judicial meramente 'interpretativa' ou auto-limitativa dentro da legalidade.

Percebendo positivamente uma acepção democrática sobre a Suprema Corte, ela pode ser entendida historicamente, a partir da observação das forças que a pressionaram politicamente a tomar certas decisões e no âmbito dos embates metodológicos entre métodos construtivos-ativistas e métodos restritivos-interpretativistas na confecção de suas decisões, como a esfera pública descrita por Habermas⁵⁵ unindo campo de participação cívico-político refletido nos embates epistemológicos das visões de mundo e das posições políticas em confronto.

Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BESSETE, Joseph M. *Democracia deliberativa: o princípio da maioria no governo republicano*. In: GOLDWIN, Robert e SCHAMBRA, A (Editores). *A Constituição Norte-Americana, 1ª parte, A Constituição e o Capitalismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- CAENEGEM, R. C. van. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.
- FARNSWORTH, Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião. Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

55 HABERMAS, 2007, p. 137.

- _____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HAMILTON, Alexander et al. *O Federalista*. Brasília: Edunb, 1984.
- LEVY, Leonard W. (Editor). Marshall Court (1801-1835). In: *American Constitutional History: selections from the Encyclopedia of the American Constitutions*. New York: Macmillian Publishing Company, 1989.
- MITAU, G. Theodore. *Decade of Decision. The Supreme Court and the Constitutional Revolution (1954-1964)*. Washington: s/e, 1967.
- O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. 6.ed. New York: W. W. Norton & Company Inc., 2005.
- OYEZ. *U. S. Supreme Court Media*. Disponível em: <<http://www.oyez.org>>. Acesso: 26 de Outubro de 2008.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução de Heloisa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2005.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, vol. 1.
- UNITED STATES SUPREME COURT CENTER. Disponível em: <<http://supreme.justia.com>>. Acesso: 26 de Outubro de 2008.
- WOLFE, Christopher. *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy and The Constitution*. Princenton: Princenton University Press, 2004.

Recebido em novembro/2008

Aprovado em abril/2009