# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## TEORIA CONSTITUCIONAL

**ALEXANDRE WALMOTT BORGES**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Alexandre Walmott Borges
Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-810-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## TEORIA CONSTITUCIONAL

## Apresentação

Em Teoria Constitucional I os autores voltaram a sua atenção para as questões essenciais do Direito Constitucional, a exemplo da harmonia entre os poderes, democracia, o papel da Corte Constitucional, fatores reais de poder e papel do poder judiciário, temáticas que têm estado em pauta não somente no Brasil como também em inúmeros outros países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A retomada dessas questões com o objetivo de refletir o momento político brasileiro e mundial de modo sistemático são essenciais para a adequada compreensão do nosso momento histórico e uma ótima oportunidade para destacar os valores essenciais que deram sentido ao mundo civilizado nos últimos duzentos anos e que não podem ser esquecidos ou desprezados, mas repensados, de modo que sirvam permanentemente de alimento para a construção de um mundo mais justo.

Provoca muita satisfação perceber que jovens investigadores estejam dedicando as suas pesquisas a analisar as dimensões do fenômeno democracia, como também para problematizar no contexto histórico atual as contribuições de Ferdinanda Lassalle na sua abordagem sobre os fatores reais de poder. Da mesma forma, as reflexões desenvolvidas nos textos que trataram sobre constitucionalismo global e ativismo judicial despertaram a nossa atenção em razão de estarmos vivendo essa realidade, o que exige dos cientistas do direito a percepção de todos os seus aspectos, de modo a que se enfrente de maneira mais consciente todas as consequências decorrentes dessa dinâmica, decorrentes da vivência de uma nova forma de poder por meio da atuação de novos atores, o que provoca uma inevitável mudança na realidade anterior, com a qual estávamos habituados.

Por todos isso, recomendamos a leitura dos textos que compõem esta coletânea.

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges - UFU

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# O PAPEL DA CORTE AMERICANA DE 1937 ATÉ AOS DIAS ATUAIS

# THE ROLE OF THE 1937`S AMERICAN COURT UP TO CURRENT DAYS

**Paulo Roberto Barbosa Ramos** [1]
**Natália Andrade Calderoni** [2]

**Resumo**

O presente artigo tem por finalidade tratar da atuação da Suprema Corte americana de 1937 até os dias atuais e do papel político que desempenhou durante todo esse período, por vezes superando o formalismo constitucional e adquirindo uma postura ativista para corroborar políticas presidenciais e outras vezes limitando o Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Suprema corte americana, Interpretação constitucional, Formalismo, Ativismo judicial, Democracia

**Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this article is to deal with the work of the American Supreme Court from 1937 to the present day and the political role it has played throughout this period, sometimes overcoming constitutional formalism and acquiring an activist stance to corroborate presidential policies and other times limiting the Legislative power.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** American supreme court, Constitutional interpretation, Formalism, Judicial activism, Democracy

[1] Graduado em Direito pela UFMA. Mestre em Direito pela UFSC. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica/SP. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada - Espanha.

[2] Graduada em Direito pela UNDB. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA.

## INTRODUÇÃO

A formação do constitucionalismo americano não percorre um caminho linear. Desde a independência do país em 1776, com a posterior promulgação da Constituição e de suas emendas, muitas ações foram tomadas, por vezes respeitando o rigor processual da lei, outras vezes tendo em consideração mais decisões de cunho político, as quais foram fundamentais para o desenvolvimento do país.

Do processo de independência, passando pela formação do texto constitucional, com a polarização de ideias entre os Federalistas e Antifederalistas, até o desenvolvimento das instituições e fixação de funções típicas a serem desempenhadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nota-se sempre a tentativa de conciliação entre desenvolvimento econômico, segurança jurídica e garantias fundamentais.

Atualmente, o país norte-americano segue em seu firme propósito e o Poder Judiciário por meio da Suprema Corte tem desenvolvido um papel fundamental, algumas vezes corroborando posições políticas essenciais para a garantia dos direitos fundamentais e outras vezes tomando decisões mais conservadoras voltadas ao desenvolvimento econômico.

Com mais de 200 anos de atuação, a Suprema Corte americana funcionou como um limite aos excessos dos Poderes Executivo e Legislativo, contudo, em alguns momentos, como legitimadora de ações consideradas arbitrárias.

O primeiro *Chief Justice*, **John Marshall,** deixou um importante legado ao país, o caso *Marbury vs. Madson*, datado de 1803, em que ficou de fato reconhecido o poder de a Corte declarar a inconstitucionalidade das leis.

Formada atualmente por nove juízes indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado americano, tem, como principal função garantir a ordem constitucional do país.

Muitas questões importantes como a escravidão, trabalho, economia, liberdade de expressão, devido processo legal, cidadania, imigração, entre outras, foram enfrentadas ao longo dos anos e colaboraram para que o perfil da Suprema Corte americana fosse desenhado.

Em muitos momentos, mais do que questões legais, a Suprema Corte foi convocada a se manifestar sobre questões que envolviam o futuro dos Estados Unidos e a política presidencial, o que demonstra a importância de sua atuação ao longo das décadas.

Assim, para compreender o papel da Suprema Corte americana, analizar-se-á a sua atuação de 1937 até os dias atuais. Da preocupação exacerbada com o desenvolvimento econômico à necessidade de garantir liberdades civis, a Suprema Corte americana mudou ao longo dos anos sua postura.

Ao longo deste artigo será possível perceber como as decisões judiciais se relacionam com a história do país e de maneira quase pendular faz ir e voltar ao passado, retomando discussões sobre o fortalecimento do governo nacional e da necessidade de garantia dos direitos fundamentais.

Ao final perceber-se-á que as transformações no texto constitucional americano, não advieram de mudanças fundamentadas em procedimentos formais de alteração da Constituição, mas de processos não convencionais.

Quanto à metodologia, o presente estudo foi desenvolvido através da revisão de literatura que trata da teoria constitucional americana, bem como de uma abordagem histórica e crítica sobre a formação e o papel que a Suprema Corte dos Estados Unidos.

## 1. DO LAISSEZ-FAIRE AO NEW DEAL: a nova formação da Corte de 1937

O período compreendido entre 1895 a 1937 é conhecido como o "governo dos juízes" ou era *Lochner* em razão do marcante caso *Lochner vs. New York,* no qual ficou reconhecida a inconstitucionalidade da lei estadual de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros sob o fundamento de contrariar a liberdade contratual.

Apesar da significativa divergência do Juiz Holmes, que proferiu voto vencido alegando que "[...] Êste caso é decidido segundo uma teoria econômica que uma grande parte do país não aceita" (SCHWARTZ, 1955, p.260), o caso demonstra o perfil da Suprema Corte, que à época preocupava-se excessivamente em garantir o desenvolvimento econômico e as liberdades de mercado, em consonância a política do *Lasseiz-faire* vigente.

O país apresentava constante crescimento, com um "boom industrial" apoiado pela Suprema Corte que pautava suas decisões sempre em benefício das grandes corporações e do liberalismo econômico.

No entanto, a chegada dos anos 30 nos Estados Unidos foi marcada por muitas mudanças econômicas, políticas e sociais. Com a queda da bolsa de Nova York em 1929, o país entrou em um período de recessão, com fraturas econômicas e sociais profundas, marcadas ainda por um Congresso desestabilizado frente a nova conjuntura.

Há um despojamento geral sobre as ideias de livre mercado e um consequente aumento das preocupações voltadas para as questões sociais (ACKERMAN, 2009, p.337). Em 1932, quando Frank Delano Roosevelt assumiu a presidência do país, o governo adotou uma nova postura e traz consigo a proposta do *New Deal*, que tinha o objetivo de retirar o país da crise e retomar o desenvolvimento econômico, porém, não desacompanhado das proteções individuais e das garantias sociais.

A instabilidade do Congresso, que a priori se mostrou como um grande desfavorecimento às estruturas econômicas do país, de certa forma auxiliou as tomadas de decisões do novo presidente. Já a Suprema Corte, formada por juízes conservadores, ainda nomeados pelo antigo presidente, dificultou a implementação da nova política por Roosevelt, haja vista ter rejeitado diversas das suas propostas.

No entanto, Roosevelt estava obstinado a atingir o seu objetivo de retirar o país da crise e, para tanto, propôs uma reforma no Poder Judiciário *"packin the court"* (RODRIGUES, 1992, p.120,121) que atingiria todos os tribunais do país, já que propunha a nomeação de novos juízes para as vagas daqueles juízes, que com mais de 70 anos se recusassem a deixar a judicatura.

Tal medida não foi bem vista nem pelo Senado nem pela população. Surpreendentemente, a jurisprudência da Corte sofreu uma repentina guinada em virtude da mudança no posicionamento do Juiz Owen Roberts, tido como conservador, no caso *West Coast Hotel vs. Parrish*, em que o mesmo decidiu reconhecer a constitucionalidade da lei do salário mínimo do distrito de Colúmbia.

Não bastasse a reviravolta na posição do Juiz Owen Roberts, logo em seguida outro juiz conservador, Van Devanter, pediu a sua aposentadoria abrindo, desse modo, largo caminho para a nova política e governabilidade de Roosevelt.

Nesse contexto, com a mudança de jurisprudência da Corte e a fragilidade do Congresso que já atuava em consonância com as diretrizes de Roosevelt, percebeu-se um alinhamento entre os três poderes, o que deu o tom na nova era constitucional moderna nos EUA.

A Suprema Corte no período do presidente Roosevelt marcou uma época de fortes precedentes judiciais, que funcionaram como verdadeiras ferramentas de mudança constitucional, sem o necessário formalismo da utilização de emendas.

## 2. A SUPREMA CORTE AMERICANA: de 1937 aos dias atuais

Com a mudança de contexto político, econômico e social, mudou-se também a atuação da Suprema Corte, que a partir de 1937 passou a dar mais importância às garantias individuais. Conforme Baum (1987, p. 43) anota:

> […] Mais precisamente: a Corte vem-se concentrando principalmente na interpretação de garantias constitucionais de proteção à liberdade de expressão e à liberdade de religião, dos direitos processuais dos réus criminais e outras pessoas e da igualdade de tratamento das minorias raciais e outros grupos menos favorecidos, por parte do governo.

Por se tratar de uma fase de transição, a Suprema Corte demorou ainda algum tempo para mostrar o seu novo tom, de modo que decisões em sentidos as vezes divergentes foram sendo tomadas. É por esta razão que o presidente Roosevelt mostrou-se tão preocupado e ao mesmo tempo empenhado em rejuvenescer a Corte com uma nova composição.

No entanto, apesar da elevada idade dos juízes que integravam a Suprema Corte quando do início do governo de Roosevelt, não demorou muito tempo para que o presidente pudesse indicar os seus "próprios" juízes e adequar o perfil das decisões judiciais à sua governança.

Segundo classifica Leda Rodrigues (1992, p.159), a Suprema Corte de 1937 enquadra-se no quarto período de sua história, o qual ela denomina "Constituição de Poderes", sob a presidência do **Juiz Charles Evans Hughes**.

Já o início do período foi marcado por um grande debate com a nomeação, pelo presidente Roosevelt, do juiz **Black** para assumir a nova vaga na Corte. Tanto antes como depois da posse deste juiz, criou-se um grande alvoroço em torno de sua nomeação. Os conservadores alegavam ter sido nomeado o próprio Satanás para o cargo (RODRIGES, 1992, p. 160), tendo sido Black obrigado a explicar a sua breve participação no grupo Ku Klux Klan do Alabama.

Apesar de inúmeras controvérsias, a nomeação do juiz Black foi aprovada e Roosevelt e seus correligionários mostraram grande satisfação, pois Black era um juiz essencial para a política do presidente tendo em vista ser conhecido como um dos maiores e mais destemidos defensores da liberdade de expressão.

Segundo Lêda Rodrigues (1992, p.161) aborda em sua obra, o Professor Rostow da Faculdade de Direito da Universidade de Yale teria dito:

> […] "é claro haver o Juiz Black exercido influência descomunal e construtiva no nosso direito e conquistado lugar de honra na pequena companhia dos juízes fortes, … tornando-se um líder na tarefa de conciliar o problema da tarefa interna com a tradição do direito". No mesmo sentido manifesta-se Charles Beard, segundo o qual Black tem trabalhado pela manutenção dos direitos civis com uma fôrça, uma firmeza e uma coragem que o colocam, na sua opinião, "ainda acima dos Juízes Holmes e Brandeis no tocante à resistência judicial às invasões do Govêrno nas liberdades de imprensa e de palavra".

A postura de Black demonstrou ao mesmo tempo a mudança de perspectiva das decisões da Corte, agora mais preocupadas em garantir as demandas sociais, assim como uma importante alteração no dinamismo do governo federal e dos governos estaduais. Para Black, da mesma forma que o *Bill of Rights* significou uma limitação do governo federal em favor

dos estados, a 14ª Emenda com o *due process*, representa uma limitação dos Estados frente as liberdades civis.

Em 1938, ocorreu a nomeação do juiz **Stanley Reed** e, logo em seguida, a nomeação do juiz **Felix Frankfurter**, considerado conservador com posição negativista em relação ao dever da Corte de garantir as liberdades civis; preferia decisões restritivas com o intuito de evidenciar a diferenciação entre o seu papel de julgador e o seu papel de individuo permeado por convicções próprias.

Em seguida é nomeado o juiz **William Douglas**, preocupado com a tirania tanto do governo quanto da iniciativa privada em relação à concentração de poder. Também se mostrou um grande defensor das liberdades individuais ao lado de Black (RODRIGUES, 1992, p.165).

Importante nomeação foi ainda a do juiz **Frank Murphy**, forte defensor dos direitos humanos e criador do *Civil Rights Unit* em Michigan, quando Secretário de Justiça.

Em seguida, com a aposentadoria do *Chief Justice* Charles Hughes, o juiz **Stone** foi nomeado como presidente da Corte e ficou conhecido como um juiz sobretudo preocupado com as liberdades civis, mais do que com os argumentos econômicos, pois como Black dizia, o Congresso tinha todos os poderes para regular as relações econômicas (RODRIGUES, 1992, p. 162) e, desse modo, restaria à Suprema Corte resguardar as frágeis imunidades individuais prescritas na 1ª Emenda da Constituição.

Ao longo de sua jornada o juiz Stone foi confrontado com casos difíceis e pressões de todos os lados. De fato, durante a sua presidência o país atravessava por profundas transformações, o que exigia de Stone compostura firme.

A título de exemplo, o juiz Stone proferiu marcante decisão no caso *United States vs. Carolene Products Co.*, em que sobrelevou a necessidade de proteção da 1ª Emenda, o que depois ensejaria na criação da doutrina das "liberdades preferenciais".

Outro caso que entrou para a história dos Estados Unidos foi o *Minersville School District vs. Gobitis*, em que a Corte decidiu pela constitucionalidade da expulsão de crianças Testemunhas de Jeová das escolas públicas, caso se recusassem saudar a bandeira nacional em razão de sua crença. Stone, contudo, não deixou de registrar que […] qualquer "intrusão vulgar da lei no domínio da consciência, como neste caso, impunha à Corte maior responsabilidade que nos casos referentes ao controle de propriedade" (RODRIGUES,1992, p. 167).

O caso adquiriu grande repercussão negativa nas manchetes do país. Houve um aumento significativo de atos violentos contra as famílias que se autoproclamavam

Testemunhas de Jeová, o que gerou uma grande discussão nos Estados Unidos sobre a real necessidade de proteção à liberdade religiosa.

Conforme registrado por Lêda Rodrigues (1992, 168):

> […] A pretexto dela [da decisão] recrudesceu a intolerância religiosa, acompanhada de atos físicos de agressão. Certamente, comentava o *St. Louis Post Dispatch*, "constituiria êrro atribuir essa onda de violência contra minorias religiosas apenas ao acórdão da Côrte Suprema sustentando a validade da obrigação de saudar a bandeira nas escolas públicas … Entretanto, não resta dúvida será aquela infeliz decisão um encorajamento para os que se intitulam guardas do patriotismo e da moralidade nacional tomarem em suas próprias mãos a execução da lei."

A referida decisão, em vez de garantir ao Estado nacional o dever da população em saudar a sua bandeira sob pena de expulsão das escolas públicas, aflorou a intolerância religiosa do povo americano, forçando nos anos seguintes, a reforma da decisão pela Corte, demonstrando a importância do voto de Stone para a garantia da liberdade religiosa.

Outro caso de extrema relevância para o país foi o *United States vs. Darby*, quando a Suprema Corte proferiu decisão em 1941, sob a relatoria do Juiz Stone, que mudou o seu posicionamento sobre o duplo federalismo nos Estados Unidos, reconhecendo o poder do Congresso Nacional de legislar sobre questões trabalhistas em detrimento dos Estados (RODRIGUES, 1992, p. 169).

Apesar de ter sido um juiz de votos marcantes, o seu exercício enquanto presidente na Corte não foi visto como positivo, haja vista ter desacelerado os trabalhos realizados pelo colegiado e aumentado cada vez mais o percentual de decisões não unânimes.

**Robert H. Jackson** assumiu a vaga do juiz Stone que apesar de modificar os seus votos anteriormente alinhados à de defesa do liberalismo econômico, para a defesa das garantias individuais, continuou descrente da capacidade do Poder Judiciário como defensor da democracia (RODRIGUES, 1992, p. 170).

A última nomeação de Roosevelt para a Suprema Corte foi a do juiz **Willey B. Rutledge,** o qual se juntou ao time dos grandes defensores das liberdades civis (RAMOS, 2016, p. 323).

No entanto, com a mudança da presidência, assim como se deu em toda a história dos Estados Unidos, notou-se também uma imediata mudança no posicionamento da Suprema Corte, que passou a decidir mais a favor das ações do governo, do que das garantias individuais. Tal fato decorreu da nova conjuntura enfrentada pelo país que se viu mergulhado na II Guerra Mundial.

Com o falecimento de Stone e a consequente abertura de vaga na Suprema Corte, o presidente **Truman** nomeou o juiz **Fred Vinson** em 1946 para o cargo de *Chief Justice* em

um momento de extrema delicadeza e cautela. As principais demandas giravam em torno de questões voltadas à segurança nacional e assuntos externos em virtude da guerra. Ao contrário do que ocorreu no mandato do presidente Roosevelt, quando tanto o governo quanto a Suprema Corte desempenhavam papéis ativos, interpretando de maneira extensiva e buscando garantir da forma mais ampla possível os direitos individuais, a Suprema Corte passou a assumir uma postura mais passiva com o intuito de não prejudicar o papel do Governo, do qual Vinson era forte defensor.

Desse modo, é possível perceber como o caminho do desenvolvimento da Suprema Corte é tortuoso e tem ligação direta com o contexto politico do país.

Em 1953 o presidente **Eisenhower** nomeia **Earl Warren** para o cargo de *Chief Justice*. A sua postura perante a Corte foi de extrema importância e uma das principais decisões que tomou foi o reconhecimento da inconstitucionalidade da segregação racial.

O juiz Warren foi bastante criticado por seus opositores que o acusaram de emitir decisões de caráter mais sociológico que jurídico. No entanto, Warren, ciente das constantes mudanças da sociedade, em contraposição aos rígidos princípios garantidores da liberdade, continuou a influenciar a Corte proferindo decisões voltadas a garantia do texto constitucional e, notadamente, das liberdades democráticas.

Segundo Lêda Rodrigues (1992, p. 175):

> O princípio fundamental norteador da interpretação constitucional de Warren, acusada por seus opositores de ser mais sociológica do que legal, é a proteção dos direitos e liberdades democráticos por um Judiciário ativo e construtivo. "Nossos juízes", disse ele em 1955, "não são monges nem cientistas, mas participantes da corrente viva da nossa vida constitucional, guiando o direito entre os perigos da rigidez de um lado, e da ausência de formalismo do outro. Nosso sistema não enfrenta dilema teórico, mas um único problema continuado: como aplicar às condições sempre variantes os princípios invariáveis da liberdade."

O governo exercido pelo presidente Eisenhower foi fortemente marcado pela concentração de poder de um modo geral, sobretudo de poder econômico. Houve um significativo aumento da regulação dos negócios privados e maior burocracia. O Governo cresceu, aumentou o seu controle e também passou a participar de boa parte das atividades mercantis dos Estados Unidos.

Comissões parlamentares de inquérito foram criadas com o intuito de aumentar ainda mais a fiscalização sobre o indivíduo. Naquele momento, associar-se virou um grande risco para a população podendo configurar como uma atitude subversiva contra o governo.

Logo as insatisfações da iniciativa privada tomaram corpo fazendo surgir a crítica figura do Tio Sam como representante de um governo que "[...] exige sempre, negocia ocasionalmente, e raramente dá." (RODRIGUES, 1992, p. 178).

O surgimento desse hipernacionalismo por parte do governo, relembra a fase em que os Federalistas com bastante vigor tentavam estabelecer um governo nacional forte, com vistas a garantir a segurança nacional e o pleno desenvolvimento econômico frente às investidas estrangeiras.

Percebe-se um movimento quase pendular de progresso e tentativa de restrição, ainda que o objetivo fosse o de garantir a incolumidade do Estado e a segurança dos nacionais.

Trata-se de um período marcado excessivamente pelo controle em nome da segurança nacional com a publicação da Lei de Controle de Atividades Subversivas e a Lei de Imigração e Nacionalidade, esta última restringindo tanto a saída como a entrada de pessoas nacionais e não nacionais.

Um grande marco desse período foi a criação de políticas de recolocação de pessoas, que tinha exclusivamente o objetivo de separar pessoas de nacionalidades diferentes da americana sob o discurso de "necessidade militar" (RODRIGUES, 1992, p.189).

A rigidez era tanta que a Suprema Corte, quando instada a se manifestar sobre as medidas tomadas pelo governo não podia contrariá-lo, prova disso é que declarou a constitucionalidade da lei do Congresso que determinou o enclausuramento de 70.000 americanos em virtude de possuírem origem japonesa, e também da Lei Feinberg de Nova York que previa a demissão de professores de escolas estaduais públicas que apresentassem ideias consideradas contrárias às intenções governamentais sob o discurso de que pertenciam à organizações subversivas (RODRIGUES, 1992, p. 190).

Os anos que antecederam o início da década de 50 foram fortemente marcados por políticas separatistas, as quais com o final da Segunda Guerra Mundial, tanto o Governo Federal como a Suprema Corte tentaram amenizar e desconstituir aos poucos.

O governo preocupava-se muito em restringir propagandas e disseminações de ideias relacionadas ao regime comunista. Era proibido manifestar-se nesse sentido ou fazer parte de qualquer organização que pregasse ou estudasse de alguma forma os princípios comunistas. No entanto, com o fim da Segunda Guerra, as animosidades começaram a se dissolver de maneira lenta, de modo que começaram a ser percebidas condutas governamentais voltadas às garantias individuais e, acompanhando o novo passo, a Suprema Corte passou a reconhecer novamente a inconstitucionalidade de algumas leis arbitrárias.

Nesse período a Suprema Corte proferiu uma importante decisão que deu fim a doutrina do "separados mas iguais" no caso *Brown vs.* Junta de Educação, que em 1954 ordenou a integração racial nos sistemas escolares do Sul (BAUM, 1987, p. 43). Apesar do progresso, tal medida levou a alguns estados afetados a tentarem a todo custo reverter e deslegitimar a referida decisão sem sucesso, tendo em vista o novo contexto político para o qual o país se encaminhava (RODRIGUES, 1992, p. 193,194). Para além dessa decisão, outras medidas foram tomadas a respeito da integração racial nas forças armadas e a tentativa de eliminação de práticas discriminatórias nos empregos, nos parques públicos, nos campos de golfe, nas praias, dentre outros lugares.

Nos anos 60, o caso *Gideon vs. Wainwright* ganhou destaque. Apesar do intenso debate e protestos dos opositores, a Suprema Corte proferiu decisão que reconheceu o direito de ser assistido por um advogado, ampliando significativamente as garantias dos réus envolvidos em processos criminais, o que representou um grande avanço constitucional.

Entretanto, na década 70, com as nomeações do presidente **Nixon**, mais uma vez a Suprema Corte muda de perfil e incertezas passaram a permear as decisões prolatadas pelo colegiado. **Warren Burguer**, considerado um juiz conservador, assumiu o cargo de *Chief Justice* e todas as demais nomeações, inclusive nos anos 80 com o presidente **Reagan**, foram de juízes notadamente reconhecidos como conservadores (BAUM, 1987, p. 44).

Como consequência da mudança na composição da Suprema Corte, somados à nova conjuntura dos Estados Unidos, o que se percebeu foi um posicionamento diferenciado da Suprema Corte, que passou a atuar com maior independência, porém, ora decidindo em favor das garantias individuais, ora asseverando o posicionamento político do governo.

De um lado, as garantias dadas aos direitos dos réus em processos criminais sofreram retrocessos, pois houve um aumento de poder das autoridades policiais, as quais passaram a ter permissão para realizar busca e apreensão em automóveis sem mandado, como o ocorrido no caso Estados Unidos *vs. Ross* de 1982 (BAUM, 1987, p. 45).

Por outro, nos anos 70, a Suprema Corte deu significativo reconhecimento às igualdades jurídicas para as mulheres, com a revogação de algumas leis que restringiam os seus direitos e as tratavam de maneira diferente dos homens. Outras minorias também foram afetadas positivamente, como o ocorrido no caso *Plyler vs. Doe* de 1982, cuja decisão permitiu o acesso às escolas públicas dos filhos dos indivíduos que entravam de maneira ilegal nos Estados Unidos (BAUM, 1987, p. 45).

Nesse novo contexto, até o presidente Nixon foi afetado pela Suprema Corte, destacando-se a independência da Suprema Corte no processo de decisão e a relevância

política de suas decisões para o país, assim como intencionava John Marshall no processo constituinte (BAUM, 1987, p. 46).

A Corte decidiu unanimemente que o presidente Nixon deveria mostrar as gravações originais de suas conversas a um tribunal federal, o que levou a abertura de processo de *impeachment* e sua renúncia. Apesar da unanimidade neste caso, a Suprema Corte dos anos 70 e 80 não costumavam proferir decisões unânimes (BAUM, 1987, p.46).

O presidente **Reagan**, que exerceu o seu mandato de 1981 até 1989, tentou fazer o mesmo que o presidente Roosevelt no tocante ao posicionamento da Suprema Corte como legitimadora das ações políticas que pretendia desenvolver. Assim como na época do *New Deal* os precedentes judiciais foram imprescindíveis para o fortalecimento do governo. O novo presidente tentou romper com os precedentes e implementar uma nova revolução constitucional, contudo, em razão da maioria conservadora no corpo do colegiado, tal manobra não foi possível de ser realizada.

Do histórico apresentado, é possível perceber a importância dos julgados da Suprema Corte na vida política dos Estados Unidos. E assim seguiram os anos 90 e 2000.

No ano de 2016 foi possível acompanhar a vacância do cargo do Juiz **Antonin Scalia**, considerado conservador, ainda no mandato do presidente Barack Obama. Com a maioria conservadora, a Corte abriu espaço para que algum candidato liberal fosse nomeado, e assim o fez o presidente Barack Obama que indicou o juiz **Merrick Garland**. No entanto, o prazo para análise da indicação expirou, sendo que no ano de 2017 o presidente Donald Trump indicou o juiz **Neil Gorsuch**, considerado um conservador moderado, que foi aprovado pelo Senado e começou o seu mandato em abril de 2017.

Atualmente, acompanha-se mais uma vez a mudança de juízes na Suprema Corte americana e a preocupação do presidente **Donald Trump** em nomear um juiz que esteja em conformidade com a política que desenvolve. Recentemente outro juiz da Suprema Corte, **Anthony Kennedy** pediu a sua aposentadoria, o que permitiu ao Presidente Trump nomear um magistrado conservador para a vaga, dando o novo tom da Suprema Corte que ficará com maioria conservadora para as próximas décadas.

## 3. DO FORMALISMO AO ATIVISMO: uma questão de democracia

O Art. 5º da Constituição americana prevê especificamente o procedimento para alteração do texto constitucional e, portanto, para a elaboração de emendas.

O objetivo das emendas era o de manter o *status quo* e controlar possíveis desvirtuamentos do que se entendia como sendo o melhor para o país.

Com o passar do tempo, observou Ackerman que a Constituição americana passou a sofrer alterações em seu texto, não mais através de procedimentos denominados formais mas através de novas manobras políticas engendradas, as quais deram origem a novos meios de alteração constitucional.

A Corte americana, ao longo dos anos desenvolveu uma grande atuação na modificação de sentido do texto constitucional. Ackerman (2009) trabalha tal atuação como sendo um processo de evolução/desenvolvimento do direito americano representando não necessariamente uma ruptura total com o passado, mas como um remodelamento para aquilo que se faz necessário nos tempos atuais.

A questão é se esses procedimentos de alteração do texto constitucional não previstos na Constituição americana são legítimos.

Ackerman (2009) entende que os Estados Unidos sofreram na verdade três momentos constituintes: Fundação (1780), Reconstrução (1860) e *New Deal* (1930).

O momento da fundação dos Estados Unidos com os grandes embates travados no período das convenções, principalmente da Convenção de Filadélfia em 1787, que levou à polarização de ideias entre os Federalistas e os Antifederalistas, foi o grande marco constitucional historicamente reconhecido e que acabou culminando com a aprovação do texto final da Constituição e a elaboração das dez emendas, denominadas *Bill of Rights*, as quais tinham por objetivo garantir a soberania dos estados e as liberdades individuais.

Enquanto os Federalistas preocupavam-se com o fortalecimento do governo nacional, haja vista o novo contexto de independência, os Antifederalistas preocupavam-se em garantir que um Estado tão fortalecido não se imiscuísse na autonomia dos estados-membros e do povo americano a ponto de tolher as suas garantias fundamentais e tornar-lhes meros fantoches, sem liberdade de expressão, frente as decisões do país.

Assim eram os posicionamentos tanto dos Federalistas, quanto dos Antifederalistas, respectivamente:

> […] se a América se não conservar unida, ou se for simplesmente pelos laços tão fracos de uma simples liga defensiva e ofensiva, bem depressa, por efeito de semelhantes alianças sempre opostas umas às outras e sempre inimigas, se achará envolvida no funesto labirinto das guerras e da política europeia. (HAMILTON; MADSON; JAY; 1840, vol.1 p.53)

> […] *Todos estamos de acuerdo e que es necessario um Gobierno General. Pero no debería llegar tan lejos que destruyera la autoridad de los miembros. Las constituciones estatales deberían ser la salvaguarda de los derechos e interesses domesticos, y deberían actuar como apoyo y control del Gobierno Federal*... (KETCHAM, p. 400)

Nesse momento existia a grande preocupação de garantir a segurança jurídica do país e dos seus cidadãos a fim de viabilizar a governabilidade democrática. Sendo assim a melhor forma que os constituintes encontraram à época para solucionar este problema foi elaborar um artigo que previsse especificamente os mecanismos para a alteração do texto constitucional.

O período de Reconstrução em 1860 chamado por Ackerman (2009) de não-convencional, foi marcado pelas mobilizações realizadas com o intuito de aprovar a 13ª Emenda voltada à abolição da escravidão e a 14ª Emenda que garantiu o princípio do *due process of law*.

Tal momento de discussão política – em que se evidencia a importância do sistema de separação de poderes enquanto estrutura democrática e legitimadora da soberania popular – foi denominado como não-convencional pois o principal palco dos embates não se deu através de convenções como realizadas nos anos de 1787, mas dentro de plataformas políticas que se transformaram em propostas de governo, e mesmo o presidente sendo eleito, tal vitória representaria não somente a ascensão de um novo presidente ao Capitólio, mas o reconhecimento popular das propostas de campanha.

E assim aconteceu com Lincoln em 1862, que ao se declarar a favor da libertação dos escravos, teve um grande apoio popular, mas também enfrentou fortes críticas dos opositores conservadores. Em resumo, Ackerman (2009, p. 178) aponta o desenvolvimento do caso:

> Para esquematizarmos o chamado efeito locomotiva até agora, podemos identificar que: o Presidente baixou (1) uma declaração preliminar que (2) seguiu-se de resultados ambíguos nas eleições intermediárias, (3) porém o Presidente prosseguiu com a sua liderança constitucional, proclamando uma nova Declaração que (4) o Congresso se recusou a endossar, até (5) às vitórias republicanas a avassaladoras de 1864, que conduziram imediatamente para (6) a proposta formal da 13a Emenda.

Quando se manifestou pela libertação dos escravos o candidato à presidência trabalhou dentro do discurso político, aquilo que foi discutido no âmbito das convenções no período da fundação. Angariando muito apoio popular, o Congresso de maioria contrária a Lincoln não viu outra saída a não ser manifestar-se em conformidade aos discursos do então candidato à presidência. Essa mudança de posicionamento que ficou conhecida como *switch in time*, levou o Congresso a atuar em favor da aprovação da 13ª Emenda, em consonância aos anseios populares.

A grande manobra do presidente Lincoln foi lançar para o povo a referida temática controversa, fazendo com que ele, através de suas aclamações, promovessem uma mudança de postura do Congresso, que no futuro veio a apoiar o candidato à presidência, que inclusive corria o risco de não ser eleito.

Desse modo, apesar da diferença do procedimento ocorrido no período da Convenção de Filadélfia, não há que se falar em deslegitimação democrática ou popular haja vista que o maior consentimento para a eleição de Lincoln e aprovação da 13ª Emenda veio do povo.

É claro que após todo debate político, as propostas seguiram o trâmite legal previsto no art. 5º da Constituição, mas o maior legado deixado pelo que Ackerman (2009) chama de momento da Reconstrução, foi o de recorrer, através de manobras políticas, a mecanismos de apelo popular diferentes daqueles do momento da fundação.

Já no período do *New Deal,* na década de 30, a perspectiva foi outra, mas o presidente dos Estados Unidos também desenvolveu um papel fundamental para a tomada de nova interpretação do texto constitucional.

Sentindo muita dificuldade em governar em virtude da Suprema Corte americana ser composta por juízes de maioria conservadora, Roosevelt não viu outra saída a não ser nomear novos juízes com postura mais liberal, que legitimassem, a partir de suas decisões, as ações políticas que o presidente pretendia desenvolver.

No entanto, apesar de propor a Reforma do Judiciário e esta ter sido rejeitada não apenas pelo Congresso, mas pela população, que considerou tal medida muito invasiva, o governo Roosevelt somente deslanchou a partir da mudança de juízes na Suprema Corte, seja através de pedidos de aposentadoria ou falecimento.

O ponto interessante dessa nova era é a confiabilidade de Roosevelt nas decisões judiciais para o exercício de seu governo. Quando se estudou os precedentes nos tópicos anteriores, foi possível perceber, que, de fato as decisões tomadas no âmbito da Suprema Corte influenciaram diretamente o desenvolvimento e retrocessos dos Estados Unidos.

Da mesma forma que Roosevelt escolheu juízes com posturas mais aproximadas daquilo que ele pretendia aplicar nos Estados Unidos no que se refere às políticas públicas, os futuros presidentes também passaram a fazer o mesmo nos seus mandatos. No entanto, nem todos conseguiram o apoio que Roosevelt conseguiu da Corte, mas, apesar disso, esse passou a ser o novo modelo adotado para facilitar a governabilidade presidencial.

Nota-se, portanto, que o formalismo previsto ainda pelos Federalistas no art. 5º da Constituição adquiriu novos contornos. Ainda que o procedimento para alteração textual tenha permanecido o mesmo, a atuação dos magistrados na interpretação do texto constitucional norteou o país por um caminho ora mais conservador ora mais liberal.

A tentativa de nomeação do juiz Merrick Garland, em 2016, pelo presidente Barack Obama evidencia que ainda hoje a Suprema Corte desempenha um forte papel ao ditar as

diretrizes dos Estados Unidos. A indicação do presidente não foi apreciada pelo Senado, de maioria republicana, em virtude de o magistrado apresentar uma postura mais liberal e, portanto, contrária à filosofia da maioria do Congresso.

Recentemente, no ano de 2018, pôde-se observar no caso *Jack Philips vs Charlie Graig and Dave Mullins* um posicionamento mais conservador da Corte americana que decidiu a favor da liberdade religiosa à recusa de Philips, confeiteiro, em fazer o bolo de casamento de um casal homossexual.

Ao ser procurado pelo referido casal homossexual, Philips alegou que não poderia fazer o serviço, pois não comungava da filosofia do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Insatisfeitos com a recusa do confeiteiro, o casal denunciou Phillip na Comissão de Direitos Civis do Colorado, que repudiou a atitude do confeiteiro.

Por outro lado, descontente com o resultado, Philips recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos que se manifestou tão-somente sobre a falta do reconhecimento pela Comissão de Direitos Civis do Colorado do direito de liberdade religiosa do confeiteiro, sem se pronunciar sobre a recusa do mesmo de atender consumidores cuja opção sexual era diferente da sua.

O presente caso mostra a importância das decisões tomadas pela Corte americana e como valores que não estão inseridos na letra da lei influenciam as diretrizes constitucionais dos Estados Unidos.

No entanto, Ackerman (2009) compreende que apesar do papel da Suprema Corte ser de fundamental importância, um procedimento para alteração do texto constitucional democraticamente legítimo deve passar pela vontade popular, e nesse sentido, as manobras políticas tendentes a remodelar os princípios constitucionais preexistentes devem prioritariamente conquistar o apoio do povo para posteriormente realizarem a alteração do texto constitucional em conformidade com os processos legislativos, segundo o Autor, isto é o que ocorre na a democracia dualista, na qual o povo é chamado a participar dos movimentos democráticos ao mesmo tempo em que a política exerce o seu papel.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tocqueville (2005, p.223) abordava que “Na América, a democracia está entregue as suas próprias inclinações. Suas posturas são naturais e todos os seus movimentos são livres” .

No entanto, após o estudo realizado foi possível perceber que a democracia que Tocqueville imaginava ocorrer em solo americano não necessariamente estava livre de

qualquer influência externa. Em verdade, percebe-se que inúmeros fatores levaram o país a funcionar da maneira que atualmente funciona.

A articulação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário foram e são fundamentais para o desenvolvimento da democracia americana, mas a partir do estudo realizado foi possível perceber uma forte atuação do Poder Judiciário através da Suprema Corte que vem colaborando não somente para a alteração do texto constitucional com suas interpretações mas também para a implementação de políticas governamentais.

Nesse aspecto, muito se questionou acerca da legitimidade do referido procedimento pela Suprema Corte para alteração do texto constitucional frente a previsão expressa do art. 5º da Constituição americana, que prevê procedimento específico para a alteração da Constituição e adoção de emendas.

Conforme demonstrado neste artigo, apesar de tal interferência se mostrar como um procedimento diferenciado daquilo que prevê o texto constitucional, compreende-se, de acordo com a obra de Ackerman (2009), que o desenvolvimento do texto constitucional, seja pelo processo de interpretação ou por outros mecanismos não-convencionais, conforme percebido na época da Reconstrução em 1860, sequenciados obviamente da observância do art. 5º, refletem uma mudança referente aos novos tempos.

É compreensível que a interpretação do texto constitucional venha primeiro do que a alteração formal da Constituição em virtude da velocidade dos acontecimentos dos fatos e da celeridade do procedimento de interpretação em comparação com o complexo e demorado procedimento formal de emenda.

O mais importante é compreender que o texto constitucional elaborado pelos Federalistas e Antifederalistas e ratificado por todos os estados representou os anseios daquela época e devem ser levados em consideração como requisito histórico para a interpretação, porém, não deve ser desconsiderada a possibilidade de se dar novo sentido ao texto constitucional, na medida em que a modernidade assim o requeira.

Por fim, conforme depreendido dos ensinamentos de Ackerman (2009), o requisito essencial para o desenvolvimento do constitucionalismo americano é o respeito ao exercício do poder soberano do povo.

**REFERÊNCIAS**

ACKERMAN, Bruce. **Transformação do Direito Constitucional**. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2009

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1987.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Brasília: Editora da UnB, 1984.

KETCHAM, Ralph. **Escritos antifederalistas: Y Debates de La Convención Constitucional de EE.UU**. Barcelona: Hacer, 1996.

MILHOMEN, M. J. de S. Corte Suprema: Recorte Histórico de 1937 aos dias atuais. In: RAMOS, P. R. B. (Org.) *Direito Constitucional Americano*. EDUFMA. São Luís, 2016. P. 315-346.

RODRIGUES, L. B. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2 Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Editora Forense Rio, Rio de Janeiro, 1955.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: Leis e Costumes**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005. v.1