

## Segunda Parte – Estudo de caso

Capítulo 4 - A corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos

Andrei Koerner

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

KOERNER, A., org. A corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos. In: *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso* [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 142-175. ISBN: 978-85-7798-233-2. Available from: doi: [10.7476/9788577982332.0005](https://doi.org/10.7476/9788577982332.0005). Also available in ePUB from: <http://books.scielo.org/id/rwcyd/epub/koerner-9788577982332.epub>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

**SEGUNDA PARTE**  
**Estudios de caso**

## CAPÍTULO 4

# A CORTE WARREN NO DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS<sup>1</sup>

Andrei Koerner

### Introdução

Este capítulo tem como ponto de partida a crítica, realizada em trabalhos anteriores, à problemática do ativismo judicial tal como formulada no debate intelectual e político norte-americano (KOERNER, 2013 e 2016). Apontaram-se as ambiguidades e o caráter polêmico dos termos assim como a função crítica e as questões normativas que eles colocam. A nossa crítica implica a proposta de uma abordagem, de caráter conceitual e histórico, que explore por que o tema se colocou naquele momento determinado, quais as forças e programas que se enfrentaram e qual é a história efetiva desde sua emergência.

Neste capítulo propõe-se um esquema para a análise política do pensamento jurídico que discute essas questões em função das articulações entre mudanças no regime governamental liberal ao intervencionista e do regime constitucional do formalismo ao realismo jurídico. Analisa-se a afirmação dos direitos civis a partir do pós-guerra e promovidos pela Corte Warren como o processo político no qual se evidenciaram os problemas provocados por essas mudanças e em que emergiu a problemática do ativismo judicial.

---

<sup>1</sup> O presente capítulo foi elaborado nas atividades do GPD-CEIPOC no quadro do projeto do INCT-INEU.

## A problemática do ativismo judicial

O termo ativismo começou a ser utilizado no pós-Segunda Guerra, em que se colocou o problema da forma apropriada de decisão judicial em relação às prerrogativas das outras instituições governamentais. Ativismo era adotado do ponto de vista do observador, era associado ao pragmatismo e o progressismo político e tinha sentido positivo por valorizar juízes que utilizavam o *judicial review* para salvaguardar os direitos básicos na democracia. É a partir das decisões da Corte Warren, em especial *Brown v. Board of Education* (1954), que o termo passou a ser crescentemente utilizado pelos protagonistas do processo judicial, inclusive os próprios juízes, que se contrapunham ao realismo jurídico em nome do formalismo jurídico ou da nítida separação entre os campos das decisões judiciais e políticas, e assumia forte carga valorativa negativa em críticas às decisões da Suprema Corte.

Embora a validade conceitual do termo ativismo – assim como o seu complemento, a autocontenção – logo tenha sido posta em questão, ele continuou a ser usado seja como expressão polêmica seja como recurso analítico, com várias tentativas de refinamento conceitual. Num sentido mais geral, a discussão sobre o ativismo judicial seria o exercício de uma função crítica, ou seja, o sinal positivo de uma atividade coletiva e constante de debate na República norte-americana sobre o papel e as formas de atuação apropriadas para o Poder Judiciário. O questionamento da correção e aceitabilidade das decisões judiciais significaria que elas são recebidas e refletidas como a expressão da regra comum de juízo considerada objetivamente válida, porque tendencialmente aceita por todos, para além da sua enunciação. Assim, a problemática do ativismo indicaria a maneira pela qual se dá o debate público sobre o Judiciário e a Constituição nos Estados Unidos.

Porém, os termos da problemática sobre o ativismo judicial são determinados pela questão normativa de estabelecer o papel adequado do Judiciário na democracia. Ela toma o ativismo e seu oposto como dados, e não se questiona sobre a maneira pela qual eles emergiram.

Assim, não se problematizam as práticas e os processos efetivos pelos quais o tema se constituiu historicamente. Por que, sob quais condições, ele apareceu num determinado momento histórico? Por quais processos ele passou e se transformou?

O discurso sobre o ativismo coloca em questão o direito como prática normativa no quadro das democracias constitucionais contemporâneas. Em que grau é possível que padrões de medida normativos para as relações sociais sejam formulados, reconhecidos, aceitos e reivindicados pelos sujeitos? É possível alcançar esses padrões por meio de conceitos e técnicas de decisão judicial?

À análise política do pensamento jurídico coloca-se o desafio de propor questões e estratégias de pesquisa que reconheçam o caráter crítico desses debates e explorem a sua historicidade. Questões que coloquem, para além das pretensões de logicidade e de unidade de teorias e conceitos sobre o direito, os conflitos, fissuras e incertezas do direito, enquanto experiência social de prática e reflexão. Formas de pesquisa que indaguem por que tal problemática emergiu, em que momento isso ocorreu, que forças políticas a suscitaram, quais eram os seus programas e que efeitos provocaram.

### **Um esquema para a análise política do pensamento jurídico**

O debate sobre o ativismo ocorre no campo mais amplo de pesquisas e debates sobre o Judiciário, cujos resultados fornecem elementos para a análise política do pensamento jurídico. Essas pesquisas originam-se das mudanças no pensamento e na prática judicial a partir das transformações históricas do Estado e da sociedade norte-americana, tomam o Poder Judiciário como parte das instituições governamentais, consideram o processo decisório dos tribunais em suas relações com o processo político e analisam o conteúdo das decisões judiciais em suas dimensões cognitiva, estratégica e normativa. Elas servem não só para a crítica às análises do ativismo mas como

ilustrações para abordagens alternativas para a análise política do pensamento jurídico. Indicam, enfim, temas para a análise acerca da reflexão política atual sobre o direito nos Estados Unidos e noutras democracias constitucionais.

O esquema proposto para a análise política da prática judicial realiza-se em dois planos: da ordem constitucional e do processo político. No primeiro analisam-se as relações entre regime governamental e regime constitucional de uma ordem constitucional, e se adota uma perspectiva estrutural e de média a longa duração de mudanças na sociedade. Aborda as mudanças dos modos de produção econômica e relações sociais, dos seus arranjos institucionais e discursos políticos. Nesse plano, caracterizam-se a prática judicial e o pensamento jurídico, mas também podem ser trabalhados outros temas, como projetos políticos, estratégias de ação coletiva, conceitos e técnicas de decisão judicial etc.

Por ordem constitucional entende-se o que é comum e articula instituições, técnicas, espaços e relações sociais, como parte de uma tecnologia de poder e com um projeto, ou programa, de direção da multiplicidade de indivíduos políticos na sua condição de sujeitos de direitos de uma comunidade política<sup>2</sup>. A ordem é constitucional no que se formula como normatividade de uma sociedade que se institui como comunidade política autônoma, ou Estado. Ela tem como saberes as doutrinas relativas à direção do Estado, ao governo político, e como objeto a manutenção da unidade e a conformação de interesses e objetivos compartilhados, as relações entre as partes dirigentes do Estado, das entidades territoriais e das suas divisões funcionais, o governo político da sociedade, a regulação das relações entre grupos e classes, assim como as obrigações, prerrogativas e garantias dos indivíduos.

Regime governamental diz respeito à maneira pela qual a racionalidade governamental se exerce num domínio da experiência social

---

<sup>2</sup> Essa formulação é esboçada em Koerner, 2013 e elaborada em Koerner 2015a. Ela tem como base os termos propostos por Foucault, 1984a, 1984b, 1984c, 2004a e 2004b, completados por Dean, 1993 e 1996 e Ewald 1993.

nas condições da economia de poder de uma determinada sociedade. Racionalidade governamental refere-se à combinação de tecnologias de poder de uma época e ao agenciamento de objetos, objetivos, instrumentos e meios para efetivar o governo da multiplicidade<sup>3</sup>. Regime constitucional refere-se à articulação, realizada pelas instituições políticas de uma ordem constitucional, das estratégias de poder e saberes da comunidade política numa determinada época e indica a maneira pela qual se programa e reflete a direção política da sociedade e a condução dos indivíduos. Pensamento constitucional refere-se à reflexão sobre a melhor maneira de programar a objetividade do juízo sobre si mesmo e os outros segundo normas, e em função da arte de governar, racionalidade governamental, regras de verificação e tradição jurídica de uma determinada comunidade política.

O segundo plano é o do processo político, que toma esses elementos mais gerais como dados e adota a perspectiva de períodos temporais de curta a média duração. Seu objetivo é realizar a análise contextualizada das interações entre juízes, juristas e agentes políticos em decisões individuais ou séries de decisões judiciais, em situações de eleições críticas, crises políticas, inversões jurisprudenciais etc.

Neste plano, a análise da prática judicial é relacionada com outros fatores políticos e institucionais presentes no processo de tomada de decisão, que incluem os arranjos institucionais concretos, programas, identidades e interesses dos agentes políticos, seus incentivos para a cooperação ou o conflito etc. Embora articulada com o jogo dos atores políticos, a prática judicial guarda a sua especificidade, visto que ela se articula em torno da problemática da justiça, ou seja, da correção ou objetividade do juízo sobre a medida comum das relações entre si e os outros. Na prática judicial formulam-se problemas, doutrinas e conceitos em esquemas interpretativos e repertórios de técnicas e

---

<sup>3</sup> A racionalidade governamental contemporânea consiste na combinação de três tecnologias de poder: a soberania para obter a obediência dos súditos, a disciplina, voltada à maximização da docilidade e utilidade dos indivíduos, e os mecanismos de segurança para o governo de populações. A combinação das tecnologias de poder se dá segundo as condições e a economia de poder de cada situação sócio-histórica (FOUCAULT, 2004a, KOERNER, 2015b) .

soluções. A maneira pela qual se conhecem, calculam e programam essas técnicas em um determinado período pode ser analisada em termos de regime jurisprudencial.

Os processos judiciais representam oportunidades para a mobilização, tendo em vista a redefinição dos problemas e soluções jurídicos, e as decisões dos tribunais em determinado momento inscrevem e reproduzem o regime jurisprudencial, testam os seus limites e inovam-no. Elas têm implicações diversas para os regimes, no que promovem, facilitam, bloqueiam certos de seus aspectos e abrem ou não oportunidades de ação para os sujeitos. A arte de julgar é a reflexão sobre a prática jurídica, e se elabora em torno do problema da melhor maneira de alcançar a objetividade do juízo, de modo que ele formule uma regra que estabelece a medida das relações entre si e os outros. Ela é parte do pensamento constitucional.

Essa perspectiva permite considerar de forma complementar as dimensões estratégica, normativa e cognitiva das decisões judiciais, colocando-as num quadro conceitual que evidencia o caráter historicamente construído do pensamento constitucional e das suas relações com a racionalidade governamental de uma sociedade.

Na análise que segue, o tema do ativismo assume o caráter de indicador de divergências, na reflexão pública e acadêmica a partir da Corte Warren, sobre a melhor maneira de a prática judicial se elaborar no quadro do regime governamental intervencionista e no regime constitucional do realismo jurídico, tendo em vista a produção da norma, a medida comum, ou, de um modo geral, o direito. Essa perspectiva será apresentada a seguir, com ilustrações de decisões consideradas ativistas: *Lochner v. New York* (1905) e *Brown v. Board of Education* (1954).



## Ordem constitucional, regimes e decisões da Suprema Corte

Entre o final do século XIX e meados do século XX ocorre, na ordem constitucional norte-americana, a passagem do regime governamental liberal ao intervencionista<sup>4</sup>, e do regime constitucional do formalismo ao realismo jurídico. O regime jurisprudencial apresenta a maneira pela qual a prática judicial articula esses dois elementos.

### Liberalismo político e formalismo jurídico

O regime governamental liberal da República norte-americana entre a Reconstrução, após a Guerra da Secessão, e o início do século XX colocava como matéria a governar uma sociedade comercial de indivíduos autônomos e autossuficientes em um território com fronteira aberta. O objetivo era a preservação do máximo de autonomia e a proteção dos direitos individuais, especialmente a liberdade de contrato e propriedade. As técnicas de governo seriam um Estado neutro, livre de facções, e políticas públicas voltadas à promoção de interesses coletivos, controladas pelos tribunais. O direito assumia o caráter de um parâmetro objetivo, na forma da norma superior da Constituição e a racionalidade natural do *common law*, que se colocava em exterioridade às relações e práticas políticas, proporcionando princípios, conceitos abstratos e técnicas objetivas como padrão de medida para as decisões governamentais sobre políticas<sup>5</sup>.

O regime constitucional formalista propunha a formulação de um conjunto sistemático e autônomo de conceitos e seu raciocínio era marcado por modos de pensamento categoriais, por classificações claras, distintas, evidentes dos fenômenos legais. Ele aspirava a qualidades de certeza e inexorabilidade lógica e operava com autoconfiança deduções de princípios gerais e analogias entre casos. A objetividade do direito

---

<sup>4</sup>Embora o termo “intervencionismo” tenha a conotação de que o regime liberal seria marcado pelo absenteísmo estatal, ele é utilizado para indicar mudanças na lógica da gestão pública.

<sup>5</sup>Ver Gillman, 1993, Horwitz, 1992, Wiecek, 1998.

era posta na forma supremacial da Constituição e a racionalidade do *common law*. O *common law* seria uma espécie de racionalidade natural e apolítica, por se referir às relações entre indivíduos autônomos, que buscavam seus interesses próprios, e utilizar princípios e regras de equidade e de equilíbrio para preservá-las (HORWITZ, 1992: 9; 27).

O regime jurisprudencial caracterizava-se por tomar a Constituição como norma superior, em que os tribunais a interpretavam e aplicavam segundo os métodos formais de análise conceitual e de decisão. Os juízes determinavam as situações fáticas segundo seu entendimento comum, para o qual utilizavam categorias inerentes para as coisas (HORWITZ, id.: 16, 30). Os tribunais examinavam estritamente a neutralidade das políticas governamentais, a partir do pressuposto de que havia contraposição entre interesse público e interesses privados, e o risco de a legislação ter sido contaminada por esses interesses, dado o caráter de competição e barganha próprios à política. Os tribunais verificariam se os objetivos manifestos eram de fato públicos e se a lei não trazia benefícios ocultos a classes e grupos. Ela se sustentaria apenas se não viesse a favorecer interesses privados ou se, ao fazê-lo, fosse justificada pela preservação da segurança, da saúde e da moralidade da comunidade (GILMAN, id. p. 8, 55, 95-6).

A Décima Quarta Emenda – que limitava o poder dos estados de adotarem leis discriminatórias, e se supunha que não alcançava pessoas privadas – foi interpretada nesse quadro geral. Nos *Civil Rights Cases* (1883), a Suprema Corte julgou que a emenda visava assegurar a igualdade de todos os cidadãos perante a lei e que não fossem conferidos privilégios nem impostos ônus especiais ou restrições sobre eles (GILLMAN, id.: 9). No caso *Plessy v. Ferguson* (1896), a Suprema Corte julgou que a segregação de brancos e negros não seria discriminatória face à cláusula da igual proteção, se houvesse igualdade de acomodações e serviços. A segregação seria moralmente neutra, como a separação de banheiros para homens e mulheres. O argumento de que a separação das duas raças estampava na raça de cor o selo da

inferioridade seria inválido, porque a desigualdade não decorria do ato de segregação em si, mas estaria na apenas nas mentes dos negros, que escolheram atribuir esse significado a ela (HORWITZ, 1998: 27).

Esse padrão de julgamento foi utilizado pela Suprema Corte no caso *Lochner* (1905), que declarou inconstitucional a lei estadual de Nova Iorque que regulamentava a jornada de trabalho de padeiros<sup>6</sup>. Para a Corte, a lei visava promover interesse parcial de classe, e não o interesse geral, feria a liberdade de contrato e contrariava o entendimento comum de que, *enquanto tal*, o exercício da profissão não causava danos à saúde dos trabalhadores. Em voto vencido, o juiz Holmes afirmava que a maioria ultrapassava as fronteiras da autocontenção judicial, decidia segundo suas preferências subjetivas pelo liberalismo spenceriano e não se baseava nas evidências apresentadas (GILLMAN, id.: 127-31; MCCLOSKEY, 2005: 102-4; SCHWARTZ, 1993: 190-202).

Para Gillman, a decisão não foi baseada exclusivamente na ideologia do *laissez-faire*, pois os juízes não visavam impedir toda e qualquer interferência do Estado nas relações de mercado, mas assegurar direitos iguais, bloqueando leis que trouxessem privilégios especiais para certos grupos ou classes. Eles mantinham a orientação jurisprudencial adotada até então, em que se usavam conceitos abstratos para examinar se a legislação visava beneficiar interesses de classe e as situações fáticas. A orientação não evidenciaria o ativismo dos juízes, mas a sua fidelidade a um pensamento jurídico cujas condições desmoronavam (GILLMAN, id.: 3-8; 205). Em outros termos, a decisão traduzia uma forma de pensamento jurídico que se articulou

<sup>6</sup> A questão central era se a classificação especial usada na lei poderia ser racionalizada em termos de legítimo interesse de poder de polícia para a proteção à saúde dos trabalhadores ou se era uma interferência arbitrária, não razoável e desnecessária sobre a liberdade de uma pessoa. Para o relator, Peckham, a lei não envolvia a segurança, moral ou bem-estar do público e o interesse do público não era afetado em nenhuma medida por tal ato. Isto porque a profissão de padeiro *em e por si mesma* não podia ser insalubre em grau que justificasse a regulação. A lei poderia ser justificada apenas pela questão da saúde do indivíduo que tem a ocupação de padeiro, mas não havia fundamento razoável para considerá-la necessária ou apropriada como uma lei de saúde pública. Havia apenas uma relação incerta entre o número de horas trabalhadas em uma profissão e a saúde da pessoa, e assim a Corte deveria evitar que essa questão fosse utilizada como pretexto para passar a legislação de classe (GILLMAN, id.: 127-30; SCHWARTZ, 1993: 190-202).

ao regime governamental liberal desde a Reconstrução, e as reações negativas que provocou deviam-se à sua inadequação às mudanças das condições e nas práticas de governo, que se processavam em decorrência dos conflitos políticos e econômicos.

### **Intervencionismo estatal e realismo jurídico**

Desde o início do século XX, mas de forma definitiva com o *New Deal*, conforma-se um novo regime governamental. Redefinem-se as relações entre a União e os estados, e da administração pública e a economia, com a criação de arranjos e arenas institucionais para a concertação da decisão entre administradores públicos, grandes corporações e sindicatos. Adotam-se novas formas de gestão da economia e a ampliação dos instrumentos, dos domínios e da intensidade da ação governamental. Alteraram-se a lógica das relações e a forma de articulação entre atores estatais e privados.

O novo regime governamental intervencionista tem como objeto uma sociedade industrial de grandes corporações, produtora de desequilíbrios e desigualdades sociais contrários às condições da autonomia individual. O objetivo do governo é assegurar a estabilidade sistêmica da economia de mercado e as condições para a igualdade de oportunidades dos indivíduos, garantindo suas condições mínimas de subsistência e removendo os obstáculos para o exercício de seus direitos e defesa de seus interesses (GILLMAN, id.: 149-154). As técnicas utilizadas são o acoplamento da autoridade pública aos domínios sociais, por meio de agências especializadas nas quais ocorre a cooperação ativa entre administradores públicos e grupos de interesse, e o monitoramento, pela autoridade pública, da dinâmica da sociedade, visando à ação mensurada e prospectiva sobre os processos sociais e econômicos.

O regime constitucional do realismo jurídico considera que os sujeitos têm uma relação mutável com a norma, pois o que o significado e valor da Constituição e das regras jurídicas se tornam é apreciado em função da sua adequação atual a princípios básicos e

valores dominantes da sociedade, assim como pela sua capacidade de apoiar o governo a atingir objetivos coletivos. O poder administrativo é justificado pela *expertise*, pois se procura distinguir a política da administração, a primeira como a expressão e a segunda como a execução da vontade do Estado. Com o desenvolvimento das agências administrativas a tradição científica toma corpo e os juízes perdem as condições de fazer controles estritos sobre elas (HORWITZ, 1992: 215-24).

No processo judicial utilizam-se as formas de juízo teleológico e as regras do conhecimento científico para a tomada de decisão. A nova relação com a norma é promovida pelo realismo jurídico, que criticava o pensamento clássico, atacando suas próprias bases: a sua fé na coerência e integridade das categorias jurídicas, separadas por fronteiras claras e domínios de realidades distintos, em que os casos duvidosos poderiam ser resolvidos por testes intelectuais (MICHAUT, 2000). Para os críticos do formalismo, este produzia a naturalização e a essencialização das práticas sociais existentes e das categorias que as legitimavam. Se as categorias não tinham essência, suas diferenças não eram de natureza, mas de grau. As linhas divisórias entre elas poderiam ser produzidas e estabelecidas por testes de balanços de custos e benefícios (HORWITZ, 1992: 199-200).

O novo regime jurisprudencial atribui ao governo e ao Congresso o papel de conhecer e decidir sobre as necessidades da sociedade, os objetivos coletivos e os meios adequados para atingi-los. O exame judicial parte do pressuposto da validade das normas e atos dos outros poderes, verifica se há razoável relação entre diagnósticos, meios e fins, se eles são compatíveis com os princípios igualitários e liberais, e se não têm objetivos ou efeitos discriminatórios ou arbitrários em relação a certas classes da população (CUSHMAN, 1998: 74-91)<sup>7</sup>. Então,

<sup>7</sup> Quanto à série de decisões em que houve a inversão da jurisprudência sobre os poderes de polícia, há controvérsia a respeito da relevância da pressão do governo Roosevelt sobre a Suprema Corte para aprovar as medidas do *New Deal*, para a "revolução jurisprudencial" daqueles anos. Ver Cushman (1998), Friedman (2009), Gordon (1998), Kalman (1998 e 1999), White (2000).

o problema examinado pelos tribunais não é se as normas e atos governamentais promovem interesses coletivos ou atingem direitos de um modo absoluto, mas se eles são razoáveis para atingir os objetivos coletivos. A validade de normas e atos é examinada em função da relação entre os meios e os fins visados, assim como dos princípios e valores que são por elas atingidos. Daí decorre o escalonamento das formas de exame e apreciação judicial, segundo a doutrina dos valores prioritários (ROOSEVELT III, id.: 30-6).

Esse novo regime jurisprudencial é por vezes caracterizado como deferência dos juízes aos representantes eleitos. Ela seria necessária devido às características do processo judicial, em particular a decisão caso a caso, a demora e custos, além da capacidade limitada dos juízes de recolherem informações e de formularem soluções adequadas aos problemas com que se defrontam. No entanto, a relação parece ser menos de deferência do que de um novo esquema de cooperação entre os poderes do Estado para alcançar os objetivos governamentais. Se no regime liberal o Judiciário realizava uma espécie de checagem externa e estática para preservar a neutralidade do Estado, garantir a igualdade perante a lei e limitar os efeitos da luta de facções e dos interesses de grupos e classes, no regime intervencionista o Judiciário passa a calibrar de maneira dinâmica as decisões governamentais. Sua atuação não se limita a bloquear os efeitos negativos das medidas governamentais sobre os direitos e liberdades de indivíduos e grupos, pois ela também as apoia ao verificar a manutenção das condições adequadas para a produção e a remoção dos obstáculos para a promoção do bem-estar e da autonomia daqueles indivíduos e grupos.

Porém, se a legitimidade dos administradores não eleitos decorria de sua *expertise* e o direito deveria promover os valores sociais atuais dominantes, ficava em aberto a questão do *rule of law*. Já na segunda metade dos anos trinta, a prática judicial ultrapassou as formulações mais simples do realismo jurídico para compatibilizar a limitação constitucional dos poderes e os direitos individuais com

a nova abordagem dinâmica e finalista dos processos de decisão social. Na decisão do caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) foram enunciadas hipóteses de exame judicial mais rigoroso: as que envolvem direitos individuais, a manutenção do processo democrático e a proteção de minorias. A presunção de validade das leis seria menos poderosa quando elas restringem a vida e a liberdade, e nelas o escrutínio da decisão do legislativo pelas cortes seria feito com mais cuidado. (SCHWARTZ, 1993: 282).

A Corte passa a ser deferente ao governo em questões econômicas e de segurança, mas a partir de então começa a realizar apreciação mais rigorosa em situações que envolvem o exercício de direitos individuais e toma decisões pela proteção de direitos. Os liberais da Warren Court compartilhavam essa visão da adaptação dos grandes princípios da Constituição às necessidades e problemas correntes (HORWITZ, 1998: 114), e sua jurisprudência já estava virtualmente contida em decisões do período progressista e do *New Deal*. Elas eram a face “ativa” da Corte – o da sua atuação de proteger e promover direitos civis e políticos – complementar à sua abstenção em atuação “sistêmica” do governo na gestão da economia e da sociedade.

### **O caso *Brown v. Board of Education* (1954)**

A decisão do caso *Brown v. Board of Education* (1954), embora não fosse previsível e talvez inviável sem a liderança do *Chief Justice* Warren, está no cerne do regime governamental do intervencionismo e é parte complementar do pragmatismo adotado pelo realismo jurídico. Ela inovou na maneira pela qual superou o precedente do caso *Plessy* e como abordou a questão da discriminação. O precedente poderia ter sido diretamente superado por nova decisão que lhe fosse frontalmente contrária ou poderia ter sido esvaziado pelo exame rigoroso pela Corte das condições das instalações e serviços, o que viria a tornar a segregação inviável. Na década de 1930, a Suprema Corte adotou esta segunda via ao decidir contra a segregação em temas como o ensino

superior, transportes interestaduais e contratos comerciais entre empresas de estados diferentes. A Corte indicava que adotaria novas decisões contra a segregação nos temas prioritários da educação e do direito de voto (MCCLOSKEY, id.: 140-4).

Mas a decisão do caso *Brown* adotou outra abordagem, pois não buscou o significado do texto pela análise conceitual e deixou a história de lado, em relação à intenção original da Décima Quarta Emenda, ao papel da educação pública e aos conhecimentos de psicologia. Não se poderia “voltar o relógio” ao tempo da emenda ou da decisão do caso *Plessy*. Para decidir a questão, o ponto central era a relevância da educação pública na sua própria atualidade e seu papel na sociedade democrática. A educação era fundamental para a consciência da cidadania, o desenvolvimento profissional e o ajuste dos indivíduos à sociedade. Se o Estado promovia a educação aos indivíduos, ela deveria ser disponibilizada em condições de igualdade para todos. A análise da igualdade de condições não se resumia às instalações e condições materiais, mas a dimensões subjetivas, sobre as quais a psicologia mostrava que a segregação feita com base em raça gerava sentimento de inferioridade e afetava a motivação das crianças negras a respeito do seu *status* na comunidade. Daí concluía que a segregação era “inerentemente desigual” e uma privação da proteção igual das leis garantida pela Décima Quarta Emenda. A decisão era curta, para que pudesse ser reproduzida integralmente nos jornais do país; escrita em linguagem simples, para ser lida por leigos; e não emocional e não acusatória, para não ampliar o descontentamento dos sulistas (SCHWARTZ, id.: 298-9; POWE, id.; HORWITZ, 1998: 26).

Os críticos da decisão tomaram-na ao pé da letra, para atacar seus fundamentos, argumentação, conclusão e impactos, e apontá-la como o protótipo do ativismo da Suprema Corte. Os fundamentos seriam falhos porque a questão foi enfocada do ponto de vista de seus efeitos e não dos princípios, e considerava a Constituição cambiante, como uma função da organização social. A argumentação não



resolveria as questões suscitadas, por não discutir os fundamentos de *Plessy*, basear-se não em termos de direito ou de entendimento comum mas em apenas alguns dados da psicologia, sem discutir evidências contrárias. A conclusão limitava-se a declarar a inconstitucionalidade, sem determinar consequências práticas imediatas, o que seria um contrassenso numa decisão judicial<sup>8</sup>. Em seus impactos, ela desafiava o *way of life* do Sul, com a afirmação de que ele era errado na sociedade democrática, trazendo consequências de amplo alcance e reações imprevisíveis (POWE, id.: 27-40; SCHWARTZ, id.: 309).

Mas, para além da letra da decisão, a análise do processo decisório revela as imposições que estavam em jogo e o papel de liderança do *Chief Justice* Warren. A questão fora discutida desde 1952, mas a Corte estava dividida, embora o resultado provável fosse favorável ao autor. Warren conduziu o caso à sua maneira, tomou-o para si mesmo como relator e abriu discussão sem tomada de votos, que era o procedimento usual. Ele examinou diretamente a questão da correção da segregação face ao princípio de igualdade numa sociedade democrática, diante da qual argumentos jurídicos tradicionais pareciam inadequados e aliados moralmente à defesa de doutrinas racistas (POWE, id.: 28, 45; SCHWARTZ, id.: 293). Com exceção do juiz Reed, os demais juízes não divergiam sobre o caráter discriminatório da segregação, mas sobre outros pontos, como o problema federativo, a deferência ao Legislativo e as reações dos estados do Sul. Uma decisão não unânime seria enfraquecida, pois os votos vencidos dariam aos opositores bases para resistir em nome de outras soluções possíveis. Nessas condições, o texto foi laboriosamente negociado, de modo a obter uma formulação aceitável para todos os juízes, alguns deles de origem sulista e com fortes vínculos políticos com estados do Sul. A ausência de consequências diretas resultava, sobretudo, da posição

<sup>8</sup> No ano seguinte, depois de novas audiências, a decisão conhecida como *Brown II* indicou que a dessegregação seria implementada gradualmente sob a supervisão dos juízes e tribunais federais.

de Frankfurter, o campeão da autocontenção, para quem caberia aos poderes políticos determinar as medidas de implementação<sup>9</sup>.

As falhas aparentes do texto da decisão não são deficiências de redação ou de argumentação, mas uma combinação de ditos e não ditos capaz de produzir um resultado compartilhado e aceitável. Os juízes, apesar de suas divergências, compuseram uma decisão conforme os princípios aceitos – a igualdade perante a lei, a proteção judicial – e a compatibilizaram com outros aspectos institucionais e reações esperadas. Desse modo, fizeram valer os princípios e prepararam sua implementação, ponderando implicitamente as consequências da decisão.

A decisão de *Brown* está em linha de continuidade com a jurisprudência do *New Deal* sobre as decisões econômicas. Em sua expressão textual e resultados elas são diferentes, até opostas, pois a primeira declara inconstitucionalidade, supera precedentes e produz impactos de largo alcance, enquanto as segundas adotam a deferência ao legislador e aparentemente não produzem efeitos. Mas a decisão *Brown* foi além das decisões do *New Deal* ao submeter a exame mais rigoroso as normas sobre direitos individuais que tivessem efeitos discriminatórios sobre minorias da população, ao rejeitar argumentos históricos e enfocar os efeitos negativos das normas existentes, considerando-as como obstáculos instituídos ao pleno exercício de direitos que deveriam, portanto, ser removidos. Então, nas duas situações a questão é examinada do ponto de vista dos princípios da sociedade democrática, a validade das normas é considerada segundo seu significado e efeitos na atualidade, as evidências baseiam-se em conhecimentos científicos e a decisão se dá segundo a sua adequação à produção da liberdade individual e à igualdade de oportunidades numa sociedade capitalista avançada, marcada pelo confronto de sujeitos e forças desiguais.

---

<sup>9</sup> *Brown* invalidou as leis de 21 estados e *Boiling* a do distrito de Colúmbia. Os quatro estados do Oeste e o distrito iriam rapidamente abandonar a segregação; outros seis, que não haviam participado da Confederação, também, mas sem entusiasmo. Os cinco estados do Sul iriam resistir durante a década seguinte até a aprovação do *Civil Rights Act* em 1964 (POWE, id.: 54).

## A análise da prática judicial no processo político

A decisão de *Brown* faz parte de um conjunto mais amplo de decisões da Corte Warren sobre direitos civis, e ela mesma está inserida num determinado contexto político e social. Nesta seção apresentam-se proposições e argumentos para a análise da prática judicial no processo político, de modo a considerar de forma complementar as dimensões estratégica e normativa das decisões judiciais<sup>10</sup>. Apresentam-se ilustrações sobre as relações entre jurisprudência e política, com referências à Corte Warren e o contraponto com a Corte Rehnquist, sobre as quais disputa-se o epíteto de “a mais ativista da história dos Estados Unidos”. As proposições visam se contrapor a pesquisas que se baseiam em modelos atitudinais e estratégicos do comportamento dos juízes e que realizam análises descontextualizadas das decisões judiciais.

*Não há aumento contínuo das decisões de invalidação de leis pela Suprema Corte.* Estudos históricos sobre o padrão de suas decisões concluíram que a invalidação do número de leis federais apresentou um crescimento muito lento e, para as leis estaduais, o aumento configura ciclos relacionados a certas áreas ou questões problemáticas. Não houve um conjunto uniforme de forças em operação em todos os ciclos de aumento da invalidação de leis e, pois, não se poderia afirmar a presença de uma causa única subjacente a eles, sendo que o fator mais próximo seria o realinhamento partidário, considerado como condição necessária, mas não suficiente, para que houvesse tal aumento em alguns períodos. Os ciclos teriam sua própria dinâmica, provocados por mudanças políticas, econômicas ou sociais, teriam como foco certas questões, às quais os juízes dariam determinadas respostas, que gerariam incertezas e conflitos, até haver nova acomodação sobre as regras relativas às questões postas (CALDEIRA & MCCRONE, 1982: 122-3, GATES, 1992, FRIEDMAN, 2009).

A Corte Warren e a do *New Deal* derrubaram numerosos precedentes, mais do que em outras épocas. A transformação do *New*

<sup>10</sup> Essa seção é uma reelaboração de discussão apresentada em Koerner, 2013.

*Deal* derrubou 30 precedentes, mas era limitada a três áreas: a expansão do poder nacional, a retirada da proteção constitucional a pretensões econômicas e a incipiente jurisprudência das liberdades civis. A Corte Warren derrubou 45 precedentes, dos quais 33 entre 1963-1969, com mudanças em virtualmente todas as áreas do direito constitucional (POWE, id.: 486). Mas elas não foram o prenúncio de uma atividade crescente e contínua de invalidação de leis. Nos anos seguintes, as cortes conservadoras reverteram apenas parcialmente os precedentes liberais.

*A orientação jurisprudencial está associada, mas não em relação causal direta, com preferências dos juízes ou suas alianças com os partidos ou lideranças políticas.* As filiações dos juízes aos partidos são indicativos precários dos seus votos nas questões críticas, pois não se verifica apoio automático dos juízes da Suprema Corte aos partidos, sequer a respeito das questões que levaram ao realinhamento partidário em eleições críticas. A defasagem teria várias razões, como as concepções pessoais dos juízes sobre o processo judicial, a desvinculação dos juízes com a política eleitoral, a defasagem entre os momentos de nomeação dos juízes e a emergência da polarização partidária, e, ainda, ao fato de que, tal como acontece no Congresso, as questões críticas dividem os juízes de maneira nova e incerta à medida que chegam à Corte (GATES, 1992: 133-4; 161-85).

Os juízes nomeados depois de 1937, com poucas exceções, compartilhavam um *ethos* favorável aos direitos civis (MCCLOSKEY, id.: 140). Todos os juízes haviam sido nomeados pelos democratas, mas estavam divididos sobre a dessegregação, política apoiada pelo presidente, mas controversa no próprio partido. Os votos contrários a ela colocavam outros temas como o respeito ao precedente, o direito de os estados se auto-organizarem e a espera de sua iniciativa ou do Congresso<sup>11</sup>. Embora ela não fosse posta no programa dos republicanos,

<sup>11</sup> Apenas um dos juízes sulistas da Corte, Reed, afirmava a correção da doutrina da segregação de *Plessy*, os demais tinham outras razões para mantê-la. Rehnquist, então assistente do juiz Jackson, escreveu em 1952 que a decisão *Plessy* era correta e deveria ser mantida (SCHWARZ, 1993: 287-90).

foi iniciada e promovida por Warren, ex-governador da Califórnia e importante liderança deste partido.

Nixon defendia a autocontenção judicial, mas no seu governo a Suprema Corte foi provocada a desempenhar um papel ativo para reverter decisões anteriores sobre o estado regulador da economia e a proteção social. Assim, o propósito dos republicanos não era a deferência ao legislador, mas a cooperação da Corte com sua agenda. No entanto, a Suprema Corte não reverteu ao longo dos anos setenta os precedentes favoráveis aos direitos civis (CHEMERINSKY, 2010: 16-7; KECK, id.: 108; 143; 156-7).

*A agenda das cortes não tem sido autogerada. As características institucionais do Judiciário<sup>12</sup>, a tradição jurídica e a própria concepção que os juízes fazem de seu papel são fatores explicativos para que a atuação dos tribunais se dê em resposta a questões e demandas postas pelos agentes políticos e sociais. Os tribunais inovam, sobretudo, pela adoção de conceitos e técnicas de decisão. No conteúdo, as mudanças jurisprudenciais se dão em resposta a problemas públicos e, em geral, em consonância com fortes tendências da opinião pública. Decisões que, sem apoio público, se afastam de forma injustificada dos padrões jurisprudenciais sofrem forte rejeição, provocam represálias dos outros agentes políticos e acabam contornadas ou suplantadas (FRIEDMAN, 2009).*

A questão da igualdade racial estava posta na agenda política norte-americana do pós-guerra. A economia de guerra deveria ser reconvertida, para manter o nível de atividade e reintegrar os antigos combatentes à vida civil, o que foi feito por meio de políticas de investimento, crédito, emprego e educação. As tropas que tinham lutado contra Hitler eram segregadas, mas os antigos soldados negros não se dispunham a retornar à antiga situação; cinco milhões de negros haviam emigrado para cidades do Norte, onde tinham peso eleitoral

<sup>12</sup> Os juízes têm vínculos políticos, mas não controlam forças políticas organizadas, não têm atribuições formais de iniciativa política e direção do Estado; assim, não comandam os agentes públicos, não dispõem dos recursos econômicos e nem controlam instrumentos de violência.

relevante em eleições presidenciais; havia nova determinação de movimentos sociais para lutar contra o racismo institucionalizado (SCHWARTZ, 1998: 18). Houve fatos com forte carga simbólica, como a integração de jogadores negros na equipe nacional de baseball em 1947. A publicação de *An American Dilemma*, em 1944, de Gunnar Myrdal, provocou o debate sobre a segregação na educação ao mostrar os seus efeitos para os negros. A segregação era importante na política externa, pois os Estados Unidos pretendiam a liderança de países “livres”, dos quais faziam parte as novas nações “não brancas” recentemente emancipadas, enquanto a União Soviética denunciava o racismo no país (MCCLOSKEY, id.: 149; POWE, id.: 35).

O presidente Harry Truman introduziu a questão controversa da igualdade racial no seu programa por um *Fair Deal*. Os republicanos tinham a maioria no Congresso, mas não se manifestavam sobre a questão, diante do bloqueio dos representantes do Sul no Congresso. Em 1948, Truman enviou mensagem ao Congresso demandando medidas para promover os direitos civis. Com a iniciativa, ele buscava reforçar o seu apoio político entre a população negra e o eleitorado progressista do Norte. Mas ela provocou a oposição dos sulistas no seu partido, que quase bloquearam a sua indicação como candidato para a eleição de 1948, e, em seguida, lançaram o *States Rights Movement*, tendo como candidato à Presidência Strom Thurmond, governador da Carolina do Sul. Com a eleição de Eisenhower em 1952, a questão foi silenciada no debate público, dado que os republicanos não se posicionavam claramente sobre o assunto. (HORWITZ, 1998: 20; POWE, id.: 48).

Na década de sessenta, a reação conservadora contra as decisões liberais da Suprema Corte foi promovida pelos republicanos em suas campanhas eleitorais. Em 1964, Barry Goldwater atacou a Corte como exercendo poder fora da Constituição e, em 1968, a campanha de Nixon teve como tema central a crítica ao ativismo da Corte Warren, com a promessa, por ele cumprida, de nomear juízes que se declarassem pela autocontenção. Criticavam as decisões da Corte sobre direitos,

seguridade social, regulação econômica e em casos criminais. Estas últimas eram tomadas como alvo porque as preferências de juízes liberais teriam gerado o aumento da criminalidade. Os democratas do Sul também utilizaram essas críticas contra a Corte, depois de perderem o apoio quanto à questão da segregação. Casos de obscenidade e de religião foram explorados para atribuir à Corte a culpa pelo aumento da depravação moral de uma sociedade que ia para o inferno (POWE, id.: 495-6).

*Agentes situados em espaços institucionais distintos têm incentivos para cooperarem.* Os legisladores delegam poderes às cortes por várias razões: quando há questões complexas, que só podem ser decididas caso a caso; para ampliar a supervisão judicial sobre a administração pública; para evitar impasse, se a regra for detalhada; para evitar custos da decisão, dada a divisão no eleitorado ou entre grupos de interesses altamente organizados. O presidente da República o faz para priorizar a sua agenda, manter sua coalizão política e se proteger de ataques da oposição e de outros atores. Uma Corte amigável ajuda a diminuir os custos da ação coletiva, a dissuadir dissidentes e a efetivar compromissos que apresentam custos eleitorais. Se o presidente tem bases frágeis de sustentação ou visa reformar o regime governamental, ele poderá se aliar ao Judiciário para promover sua agenda e se defender contra invasões e desafios de opositores (LOWELL, 2003: 3-33; WHITTINGTON, 2007).

No pós-Segunda Guerra, qualquer projeto legislativo para a promoção dos direitos civis seria barrado num dos comitês da Câmara ou no Senado, pois os sulistas tinham peso desproporcional, pela super-representação dos seus estados, e controlavam os comitês pelo sistema de senioridade. Para contornar o bloqueio, Truman favoreceu iniciativas junto ao Judiciário, promovidas pelo *Attorney-general* e o Departamento de Justiça, os intermediários entre a Presidência, a Suprema Corte e a administração federal. O Departamento de Justiça passou a sinalizar à Corte que era favorável a que *Plessy* fosse superada.

Ele iniciou, em conjunto com organizações de direitos civis e de advogados, ações para derrubar as leis segregacionistas e promover a proteção dos direitos dos negros nos estados do Sul. A própria ação *Brown vs. Board*, promovida pela NAACP, foi iniciada em 1952 sob instâncias do Departamento (GATES, id.: 143; CLAYTON, id.: 4-6; 120-71).

No governo Nixon, o Departamento de Justiça adotou nova orientação junto às cortes a respeito de temas como as garantias no processo penal e a proteção dos direitos civis. No governo Reagan, o Departamento de Justiça promoveu sua agenda conservadora sobre os direitos e a desregulação da economia. Edwin Meese orientou os procuradores a adotarem uma estratégia seletiva de promoção de processos judiciais, com a qual deixou de promover ações judiciais para efetivar leis às quais o governo se opunha, abandonou as posições jurídicas que o governo federal sustentava durante décadas e acionou a Suprema Corte para reverter precedentes que eram contrários às suas políticas (CLAYTON, 1992).

*A Corte reage de modos diversos aos incentivos, pois tem suas próprias lógicas de ação, agendas substantivas e prioridades. Ao se colocarem novas questões à Corte, suas decisões passam a ter impacto maior, a mobilização amplia suas bases de apoio político e tendem a diminuir os riscos de represálias. Porém, o presidente e os legisladores mantêm sua capacidade de represália e assim podem contornar, confrontar decisões ou limitar poderes das cortes. A atuação das cortes envolve, então, lógicas de ação distintas, estratégia dos representantes eleitos e ambição de juízes. Quando o equilíbrio se rompe, torna-se provável que as decisões dos juízes encontrarão sérias resistências e reações dos representantes (WHITTINGTON, 2007).*

Depois de *Brown*, a maioria da Suprema Corte era pela implementação gradual da dessegregação, mas com início imediato, inclusive nos estados do Sul. Mas o presidente Eisenhower não apoiou abertamente a decisão e propôs que a dessegregação não fosse implementada



imediatamente<sup>13</sup>. A decisão de *Brown II* refletia essa falta de apoio do Executivo federal, ao não adotar tal orientação, o que foi interpretado no Sul como uma vitória. Ela tinha como base a tese de Frankfurter, para quem a questão não seria mais constitucional, mas de políticas, voltadas ao ajuste do sistema social. Apesar da reticência do presidente, a Corte fez com que a decisão de *Brown* produzisse efeitos, embora limitados, ao transferir a responsabilidade pela implementação aos estados, em que os comitês escolares locais deveriam elaborar planos, sob a supervisão dos juízes federais lotados nas próprias localidades (POWE, id.: 55).

Quando chegaram ao poder a partir de 1968, os republicanos enfrentaram a escolha difícil de promover a autocontenção judicial que mantinha a jurisprudência liberal ou utilizar o seu novo controle das cortes para ajudar a desmantelá-la. Durante a Corte Burger a crítica conservadora ao ativismo foi mantida, mas eles começaram a articular sua própria versão de constitucionalismo baseado em direitos, fundamentada na crítica ao liberalismo da nova direita. No governo Reagan, o *Attorney General* Edwin Meese pressionava por uma jurisprudência baseada na intenção original dos Fundadores da Constituição. Porém, a Suprema Corte não atendeu diretamente às suas pressões por reverter a jurisprudência liberal, pois a maioria de juízes passou a decidir num sentido conservador (limitação dos poderes do Congresso, da regulação de atividades econômicas e de políticas de ação afirmativa), ao mesmo tempo em que mantinha orientações liberais estabelecidas em outros temas (devido processo substantivo, aborto) (KECK, id.: 156-7).

---

<sup>13</sup> Eisenhower considerava a decisão de *Brown* um erro e nunca manifestou apoio público às decisões de dessegregação da Suprema Corte. Mais tarde, lamentou ter nomeado Warren para o cargo de *Chief Justice*, que seria o mais grave erro que havia cometido no governo. No entanto, ordenou aos funcionários do distrito de Colúmbia que cumprissem a decisão, para dar o exemplo de dessegregação pacífica, disponibilizou tropas federais para garantir a execução das decisões nos estados e não nomeou juízes que viessem a questionar *Brown* (POWE, id.: 35-6; SCHWARZ, 1983: 92; 98).

*O papel político da Suprema Corte foi amplo e complexo, e seria problemático determinar um papel histórico uniforme desempenhado por ela, como o seu caráter contramajoritário.* A Suprema Corte foi mobilizada por importantes atores políticos e sociais para decidir sobre questões críticas, suas decisões iniciaram ou prolongaram controvérsias, com forte impacto sobre a luta partidária e a política dos estados. A mobilização política e social desencadeou uma dinâmica de fortalecimento do controle da constitucionalidade e a Corte emitiu fortes mensagens para alguns atores fazê-lo (MCCANN, 2010).

*As decisões judiciais, em particular em judicial review, podem gerar estratégias de resistência e contramobilização.* Decisões judiciais provocam efeitos sobre interações estratégicas complexas, fornecendo modelos e parâmetros normativos, os quais são adotados pelos agentes como recursos adicionais para suas próprias ações, antecipações da conduta de outros agentes e, ainda, predições de decisões judiciais e ação das autoridades públicas. Daí que decisões judiciais não produzem necessariamente aquiescência, mas respostas dos agentes em função de seus padrões normativos. Indivíduos, grupos sociais ou os próprios legisladores desenvolvem estratégias de resistência, contorno ou desafio direto à decisão (MCCANN, 1999: 69-70).

O caso *Brown* representou a culminância de mais de uma década de ataques legais orquestrados contra a segregação junto ao Judiciário, promovidos pela NAACP sob a condução de T. Marshall. O momento era favorável, devido a tendências da Suprema Corte, sinais do governo federal, o apoio de elites jurídicas e o ciclo de expansão dos movimentos progressistas. A estratégia de *Brown* resultou de uma decisão arriscada da NAACP de atacar *Plessy* diretamente, dado que a reversão era bastante improvável. A Suprema Corte já exercia a limitação dos efeitos de *Plessy*, mas essa via era limitada pelas dificuldades, custos e tempo de documentar cada caso de segregação nas milhares de escolas do Sul. Uma decisão que questionasse ou limitasse a segregação teria um significado moral e simbólico mais

forte, mostrando que a questão era de legitimidade constitucional e moral (HORWITZ, 1998: 15, 21-2).

A resposta do Sul à decisão *Brown* produziu o mais poderoso desafio, desde a Guerra Civil, à legitimidade da Suprema Corte e do *rule of law*. Ao menos 80% dos sulistas brancos eram contra o fim da segregação, os políticos dos estados da Confederação condenaram a decisão e propuseram o *impeachment* de Warren e a limitação da jurisdição da Suprema Corte. Eles iniciaram uma campanha pela “Declaração dos Princípios Constitucionais”, o “Manifesto do Sul”, assinado por 101 dos seus 128 representantes no Congresso, que proclamou que a decisão de *Brown* era inconstitucional e encorajou a resistência massiva a ela. O manifesto não foi condenado pelos políticos do Norte, o presidente Eisenhower manteve-se em silêncio e retirou a implementação de *Brown* do programa do partido em 1956, ano em que disputaria a reeleição. Seu oponente, Stevenson, também se omitiu. (POWE, id., p. 34-61).

Os governos estaduais suprimiram o financiamento público às escolas e funcionários reivindicavam o direito de desobedecer a decisão por considerá-la inconstitucional. Criaram-se conselhos de cidadãos para manter a ortodoxia racial e se promoveram campanhas de opinião, para mostrar que era correto desobedecer à decisão. Promoveram-se intimidações de juízes federais, advogados da NAACP, militantes dos direitos civis e mesmo daqueles que pretendiam exercer seus direitos iguais. A resistência violenta chegou ao ponto máximo nos enfrentamentos de Little Rock, quando o presidente Eisenhower autorizou o envio de tropas federais para garantir a autoridade da Corte (HORWITZ, 1998: 15, 30-1).

Por sua vez, as táticas do movimento de direitos civis foram desde boicotes econômicos até marchas de massas e ocupação de restaurantes segregados. As marchas desencadearam represálias e prisões de manifestantes, pois os donos de restaurantes invocavam a proteção ao direito de propriedade. Colocaram-se novas questões

jurídicas, como a extensão da igual proteção contra indivíduos e em espaços privados, além de questões criminais e de direito de associação, utilizadas pelos segregacionistas para bloquear a atuação das entidades de direitos civis. Apesar dos conflitos, a Corte manteve o apoio à dessegregação e aos movimentos de direitos civis, ao decidir em seu favor essas diversas questões jurídicas. Embora alguns juízes tenham ficado intimidados, a Corte relaxou as detenções pelos mais variados motivos. Quando o juiz Black recuou, formou-se nova maioria pela punição dos manifestantes, mas seus colegas bloquearam os processos até que a questão foi extinta, pela aprovação do *Civil Rights Act* em 1964 (HORWITZ, 1998: 32-3; POWE, id.: 27).

*O contexto político e social em que as cortes estão inseridas é estruturado significativamente.* A análise deve estar atenta a mudanças mais amplas e a alterações de longo prazo no significado e impacto social das doutrinas. Elas são conformadas por investimentos políticos a propósito de conflitos interpretativos entre grupos sociais, mas também podem ser o efeito de processos sem propósitos explícitos nem direção organizada.

No pós-Segunda Guerra, o Departamento de Justiça, organizações de direitos civis e associações de juristas atuaram em conjunto para mudarem a formação e estratégias de ação dos juristas. Formou-se um conjunto de organizações de sustentação da orientação reformista entre as profissões jurídicas, tais como a *NAACP*, *American Civil Liberties Union* e a própria *American Bar Association*. Nos anos setenta, os conservadores, diante do seu fracasso em derrubar a jurisprudência favorável aos direitos civis, investiram na modificação da “comunidade de intérpretes” da Constituição. Por meio de fundações e centros de pesquisa em todo o país, investiram na formação de uma nova elite jurídica, com a criação de entidades como o *Law and Economics Center*, na Universidade de Miami, a *Olin Foundation*, a *Federalist Society*, o *Center for Individual Rights* e o *Institute for Justice*. Formou-se uma rede de empreendedores políticos e intelectuais para introduzir novas

ideias jurídicas, realizar manifestações públicas, promover a litigação e estabelecer conexões para apoiar candidatos ao Judiciário. Nos anos oitenta, a agenda conservadora era sustentada por juízes dos tribunais federais e da Suprema Corte, o que assegurava o sucesso de suas iniciativas. Ao longo do período, as organizações conservadoras reformularam suas ideias a respeito da autocontenção do Judiciário e o *strict constructionism*, passando a defender a noção de intenção original dos Fundadores e, enfim, o sentido original da Constituição. Daí que sua estratégia em relação à decisão *Brown vs. Board* passou da limitação das suas implicações para a crítica de sua falta de fundamento e a proposição de interpretações insubordinadas a ela (TELES, 2008: 179; 220-1; 279)<sup>14</sup>.

*Há polivalência tática de doutrinas e conceitos jurídicos e reversibilidade política dos modelos e técnicas de decisão.* Os progressistas tanto quanto os conservadores defenderam técnicas de decisão de exame estrito ou pressuposto da razoabilidade, de deferência ou de invalidação etc. As posições mudaram ao longo do tempo em função dos partidos no governo, dos temas e do sentido dos precedentes. Inversões semelhantes ocorreram com os próprios discursos sobre o ativismo, que foram adotados para expressar apoio ou resistência à orientação das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que exploraram os limites da validade das decisões judiciais e colocam a questão normativa do papel apropriado do Poder Judiciário.

Ao longo do período verifica-se o deslocamento dos críticos, dos esquemas teóricos e do conteúdo das decisões judiciais qualificadas de ativistas. Até o *New Deal*, os conservadores defendiam a atuação da Suprema Corte, que realizava exame estrito das leis por meio de

<sup>14</sup>De uma perspectiva mais ampla, a Corte Warren podia presumir, na sua primeira década, que havia um conjunto idealizado de valores públicos que eram compartilhados pelos americanos: o fim da segregação, o abandono do vitorianismo ultrapassado, deixar a questão religiosa como uma decisão pessoal, a igualdade de direitos de voto e o controle da violência policial. Mas o consenso implícito sobre valores públicos se desintegrou e eles passaram a ser considerados políticos, recebendo a oposição de significativo setor de políticos e do eleitorado. Passaram a ser denunciados como valores dos democratas, elites urbanas e intelectuais do Leste. Os grupos de interesses liberais é que se tornavam minorias insulares e discretas no país (POWE, id.: 496-7).

categorias abstratas, a fim de assegurar a igualdade perante a lei e a liberdade econômica. Depois de 1937, as decisões da Corte no campo da política econômica eram defendidas pelos reformadores progressistas, pois partiam do pressuposto da razoabilidade do legislador, enfocavam a questão constitucional do ponto de vista dos seus efeitos para a sociedade atual, mas que implicavam a reversão de precedentes estabelecidos. No caso *Brown*, a Corte Warren não pressupunha a razoabilidade do legislador nem assumia deferência em relação às suas decisões, e realizava um exame estrito das normas, resultando na invalidação de inúmeras leis federais e estaduais. Assim, embora a lógica fosse do regime jurisprudencial do intervencionismo, utilizava a técnica do exame estrito das leis adotada pelos formalistas. Por sua vez, os conservadores, que anteriormente defenderam o exame estrito das normas segundo o pensamento formalista, passavam a defender a deferência da Corte ao legislador após o *New Deal* e depois da decisão *Brown*. Quando voltaram ao poder, já no governo Nixon, os conservadores passaram a defender a atuação da Corte para a derrubada dos precedentes firmados nos anos anteriores. A partir de 1986, a Corte Rehnquist reorientou a jurisprudência num sentido conservador, sem adotar os parâmetros da contenção judicial. Desse modo, juristas e acadêmicos liberais apropriaram-se do termo *judicial activism* para formular agudas críticas à “Corte mais ativista da história norte-americana” (CHEMERINSKY, 2010; KECK, 2004: 156-7).

## Conclusão

Este capítulo partiu da discussão sobre as insuficiências da problemática do ativismo e, diante da sua permanência nos debates constitucionais da atualidade, colocou a questão da sua emergência, das forças e os efeitos que produziram. Propôs-se um esquema para a análise política do pensamento jurídico, com dois planos de análise, o da ordem constitucional e do processo político. A análise foi centrada na emergência da questão do ativismo após a Segunda Guerra

e em função das decisões da Corte Warren em prol dos direitos civis. O discurso sobre o ativismo emerge no debate acadêmico e político norte-americano em resposta a essas decisões da Corte Warren, que não mais se limitaram a acomodar os princípios constitucionais e objetivos de uma sociedade democrática às estruturas sociais e padrões de dominação vigentes, mas passaram a utilizá-las para mudá-los, com o propósito de preservar o processo democrático, proteger minorias e assegurar a igualdade de oportunidades. O regime governamental intervencionista e o regime constitucional do realismo jurídico implicaram a redefinição das relações entre Estado e sociedade, e a assunção de novos papéis pelas agências estatais, incluídos os juízes. As decisões da Corte Warren estavam em sintonia com as mudanças na ordem constitucional e as orientações políticas reformistas de responsáveis políticos e a opinião pública.

As reações às decisões da Corte Warren relevam menos de problemas técnicos, como sua falta de fundamentação, e mais de oposições políticas ao seu conteúdo. Ou seja, as acusações de ativismo colocam em discussão a correção e adequação das decisões judiciais ao papel dos tribunais, mas são motivadas pela oposição ao valor e efetividade dos princípios igualitários para toda a população. O que está em jogo, então, são divisões políticas na sociedade norte-americana sobre a ordem constitucional, o conteúdo e alcance dos direitos e liberdades, assim como o papel do governo e do Judiciário na promoção.

Os críticos do ativismo opõem-se às decisões que lhes parecem incorretas, por meio da invocação de modalidades de julgamento do regime constitucional anterior. Mas eles fazem parte do novo regime, na medida em que partem da crítica realista ao *gap* entre normas gerais, os dados fáticos e a decisão do juiz e do ideal de contenção do realismo da primeira metade do século XX, combinando-os com o formalismo do pensamento jurídico do século XIX. A combinação é usada para apreciar a prática judicial do novo regime e para propugnar o retorno a parâmetros fixos – como a intenção ou o sentido original

do texto – para a jurisdição constitucional ao legislador. De todo modo, o seu intuito é produzir efeitos no novo regime constitucional. Mas as inconsistências no discurso e na ação dos críticos ao ativismo revela seus impasses no novo regime, posto que eles visam a limitação dos direitos por meio da autocontenção dos juízes e o retorno ao formalismo jurídico, mas também adotam decisões judiciais que podem ser consideradas ativistas.

A problemática do ativismo evidencia a questão do regime jurisprudencial adequado ao regime governamental intervencionista e ao regime constitucional do realismo jurídico consolidado a partir do *New Deal*. Desde então houve intenso investimento sobre as questões colocadas à decisão judicial e foram habitualmente polarizados e intensificados os conflitos sobre prática judicial, e, assim, alteraram-se as condições institucionais e sociais para a atuação das cortes. As reformas neoliberais alteraram esse esquema, mas não o modificaram fundamentalmente. Deste modo, para além da discussão do ativismo e das divisões políticas da sociedade norte-americana, a análise das decisões da Corte Warren e as inflexões da jurisprudência da Suprema Corte nas décadas seguintes são relevantes para a reflexão sobre os problemas constitucionais contemporâneos e para evidenciar pontos relevantes para a análise política das decisões judiciais.

### Referências bibliográficas

Caldeira, Gregory. A. e McCrone, Donald. Of Time and Judicial Activism: A Study of the US Supreme Court (1800-1973). In: S. Halpern e C. Lamb (org.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982, p.103-28.

Chemerinsky, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010.

Clayton, Cornell. *The Politics of Justice. The Attorney General and the Making of Legal Policy*. New York: M. E. Sharpe ed., 1992.



Cox, Archibald. *The Warren Court – Constitutional Decision as an Instrument of Reform*. Cambridge, Ma: Harvard UP, 1968.

Cushman, Barry. *Rethinking the New Court – The Structure of a Constitutional Revolution*. Oxford UP, 1998.

Dean, M. Foucault, Government and the enfolding of authority. In: A. Barry, T. Osborne, et al (Ed.). *Foucault and Political Reason - Liberalism, neo-liberalism and the rationalities of government*. Londres: UCL Press, 1996, p.189-208.

\_\_\_\_\_. *Governmentality – Power and Rule in Modern Society*. Londres: SAGE, 1999.

\_\_\_\_\_, Ed. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa: Vega Ed., 1993

Foucault, Michel. *Histoire de la Sexualité, Vol. 2 – L’Usage des Plaisirs*. Paris: Gallimard. 1984a.

\_\_\_\_\_. Le pouvoir: comment s’exerce-t-il? In: H. Dreyfuss e P. Rabinow (Ed.). *Michel Foucault - Un Parcours Philosophique*. Paris: Gallimard, 1984b, p.308-321.

\_\_\_\_\_. Pourquoi étudier le pouvoir: la question du sujet. In: H. Dreyfuss e P. Rabinow (Ed.). *Michel Foucault - Un Parcours Philosophique*. Paris: Gallimard, 1984c, p.297-307.

\_\_\_\_\_. *Securité, Territoire, Population - Cours au Collège de France, 1977-1978*. Paris: Gallimard, Seuil. 2004a.

\_\_\_\_\_. *La Naissance de la Biopolitique - Cours au Collège de France, 1978-1979*. Paris: Gallimard, Seuil. 2004b.

Friedman, B. 2009. *The Will of the People*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

Gates, John. *The Supreme Court and Partisan Realignment - A Macro and Microlevel Perspective*. Boulder: Westview Press, 1992.

Gillman, Howard. *The Constitution Besieged – The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Duke UP, 1993.

Gordon, Colin. “Rethinking the New Deal.” *Columbia Law Review*, v. 98, n. 8, p.2029-2054, 1998.

Halpern, S. e Lamb, C. (org.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982.

Horwitz, Morton. *The Transformation of American Law (1870-1960) – The Crisis of legal Orthodoxy*. Oxford UP, 1992.

\_\_\_\_\_. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill & Wang, 1998.

*International Political Science Review* n° 15(2), abril de 1994.

Kalman, Laura. *The strange career of legal liberalism*. Yale University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. “Law, Politics, and the New Deal (s).” *Yale Law Journal* Vol. 108, No. 8, p. 2165-2213, 1999.

Keck, Thomas. *The Most Activist Supreme Court in History - the road to modern judicial conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

Koerner, Andrei, 2013. Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, p. 69-86, 2013.

\_\_\_\_\_, 2016. O Ativismo Judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos – uma análise crítica. *Lua Nova*, n. 99, p. 233-256, 2016. Lovell, George. *Legislative Deferrals. Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. Cambridge, UK: Cambridge U.P., 2003.

McCann, Michael. “How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives.” In *The Supreme Court in American Politics - New Institutional Interpretation*, edited by Howard; Clayton Gillman, C. Lawrence: University Press of Kansas, 1999. 63 - 97

\_\_\_\_. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos 'usuários'. *Revista EMARF, Cadernos Temáticos: Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional*, nº especial, dez/2010, p.175-196.

McCloskey, Robert. *The American Supreme Court*. Chicago: Chicago UP, 4a. ed., 2005.

Michaut, F. *La Recherche d'un Nouveau Paradigme de la Décision Judiciaire à Travers un Siècle de Doctrine Américaine*. Paris: L'Harmattan. 2000.

Powe, Jr., Lucas. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge, MA: The Belknap Press or Harvard UP, 2000.

Roosevelt III, Kermith. *The Myth of Judicial Activism - Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale: Yale UP. 2006.

Schwartz, Bernard. *A History of the Supreme Court*. Oxford: Oxford UP, 1993.

\_\_\_\_. *Inside the Warren Court*. New York: Doubleday & Co., 1983.

Schwartz, Herman, Ed. *The Rehnquist Court - Judicial Activism on the Right*. New York: Hill and Wanged. 2002.

Teles, Stephen M. *The Rise of Conservative Legal Movement - The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton U.P. 2008.

Whittington, Keith. E. *Political Foundations of Judicial Supremacy - The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton U.P. 2007.

Wiecek, William, *The Lost World of Classical Legal Thought – Law and Ideology in America, 1886-1937*. Oxford: Oxford UP, 1998.