

## A saga da igualdade e os momentos constitucionais: o papel da Suprema Corte no Constitucionalismo Norte-americano

**GUILHERME OZÓRIO SANTANDER FRANCISCO**

Mestre em Direito do Estado pela (UFPR). Graduado em Direito (UNICURITIBA).

**KATYA KOZICKI**

Doutora em Direito, Política e Sociedade e Mestre em Filosofia e Teoria do Direito (UFSC). Professora titular da (PUCPR) e professora associada (UFPR). Pesquisadora do CNPq.

Artigo recebido em 21/7/2016 e aprovado em 15/1/2017.

**SUMÁRIO:** *1 Introdução • 2 Uma narrativa para e pelo Povo • 3 A Suprema Corte e o fórum do princípio • 4 Conclusão • 5 Referências.*

**RESUMO:** O presente trabalho avalia, a partir da análise de momentos historicamente situados, a condução pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América de importantes questões relativas à Cláusula da Igual Proteção, contida na 14ª Emenda à Constituição, com foco especialmente nos casos que discutem questões raciais. A partir da exposição de alguns momentos envolvendo ações políticas protagonizadas pelo Povo, entendido como um ente localizável na história norte-americana, serão apreciados o legado desses momentos e a sua compreensão pelo Tribunal. Por meio de uma análise descritiva e normativa da narrativa constitucional, buscar-se-á identificar a receptividade, positiva ou negativa, de tais transformações pela Suprema Corte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Suprema Corte • Cláusula da Igual Proteção • Constitucionalismo Norte-americano.

## **The quest for equality and the constitutional moments: the Supreme Court's role on American Constitutionalism**

CONTENTS: *1 Introduction • 2 A narrative for the People and by the People • 3 The Supreme Court and the forum of principle • 4 Conclusion • 5 References.*

ABSTRACT: This paper presents an historical analysis from the Supreme Court's decisions on important matters regarding the interpretation of the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment, focusing on certain cases related to racial issues. Through the presentation of a few moments, where political actions were enacted by the People – understood as a genuine body historically identifiable – we will analyze the legacy of those acts and their comprehension by the Court. Through a normative and descriptive analysis of the constitutional narrative, we intend to identify the positive or negative response the Supreme Court has given to those transformative actions.

KEYWORDS: Supreme Court • Equal Protection Clause • American Constitutionalism.

## **La saga de la igualdad y los momentos constitucionales: el papel de la Suprema Corte en el Constitucionalismo norteamericano**

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 Una narrativa para y por el Pueblo • 3 La Corte Suprema y el foro del principio • 4 Conclusión • 5 Referencias.*

RESUMEN: El presente trabajo pretende, a partir del análisis de los momentos históricamente situados, evaluar la conducción por la Corte Suprema de los Estados Unidos de importantes cuestiones relativas à Cláusula da Protección Igualitaria, contenida en la 14ª Enmienda a la Constitución, con énfasis especialmente en los casos que hacen referencia a cuestiones raciales. A partir de la exposición de algunos momentos envolviendo acciones políticas protagonizadas por el Pueblo, comprendido como un ente identificable en la historia norteamericana, serán apreciados el legado de estos momentos y su comprensión por el Tribunal. Por medio de un análisis descriptivo y normativo de la narrativa constitucional, se buscará identificar la receptividad, positiva o negativa, de tales transformaciones por la Corte Suprema.

PALABRAS CLAVE: Suprema Corte • Cláusula da Protección Igualitaria • Constitucionalismo Norteamericano.

## 1 Introdução

**T**ratar de temas relativos ao Direito Constitucional norte-americano em uma exposição apresentada em português merece algumas notas de esclarecimento. A reconstrução da prática constitucional estadunidense, por meio de uma análise não apenas descritiva, mas também normativa, permite revelar novos olhares sobre a nossa própria democracia constitucional. A influência do constitucionalismo norte-americano sempre se fez presente em nossa tradição, especialmente na seara dedicada a estudar o controle judicial de constitucionalidade das leis.

A eterna zona cinzenta existente entre Direito e Política, que perpassa a Teoria da Constituição, é colocada no plano central deste trabalho, criando novos questionamentos oriundos da grande tensão existente entre constitucionalismo e democracia. Compreender a formação do constitucionalismo por outras lentes, através da emergência de novos sujeitos, constitui uma nova narrativa constitucional, focando nos capítulos que se destinam a explicitar as demandas e reivindicações dos membros da comunidade política, almejando serem gravadas na Constituição.

Para além do discurso convencional, o trabalho aborda a complexa coordenação dos Poderes para agir em nome do sujeito constitucional por excelência: o Povo. Muito embora as instituições se façam presentes durante a exposição dos avanços oriundos da democracia constitucional, mormente a Suprema Corte, é a partir da centralidade e do protagonismo do Povo enquanto ator transformador que a história do constitucionalismo norte-americano é (re)contada.

O problema atravessado na presente exposição é identificar a continuidade e a presença desse ator fundamental na consolidação do projeto emancipatório trazido a lume pelo constitucionalismo, sobretudo em episódios de graves crises institucionais, em que a própria integridade deste projeto se encontra ameaçada.

A metodologia empregada nesse trabalho parte de uma análise crítico-reflexiva sobre a trajetória do constitucionalismo norte-americano, privilegiando a interação institucional na consecução dos valores inscritos na Carta Política. Em seguida, faz-se uma análise crítica de algumas decisões da Suprema Corte, enfatizando seu papel na resolução de questões que tratam da temática da igualdade – em uma perspectiva formal e substantiva – e situando-as no devido contexto em que foram prolatadas.

O presente trabalho parte de uma apresentação acerca da teoria dos momentos constitucionais, na formulação dada por Bruce Ackerman, para buscar entender a complexa formatação do constitucionalismo norte-americano, explicitando o valor da ação política fundamental operada para e pelo Povo, destinatário último das promessas insculpidas na Carta Política. A principal referência deste artigo é a Cláusula da Igual Proteção, inscrita na Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana. Posteriormente, por meio de um juízo normativo depreendido das conclusões de Ackerman, compreende-se como tais momentos se forjaram em precisos períodos históricos e quais razões possibilitaram a identificação, no plano normativo, das transformações percebidas na interpretação do valor da igualdade e sua (re)compreensão a partir das diferentes eras analisadas.

Adiante, partindo de uma avaliação crítica do papel desempenhado pela Suprema Corte, buscar-se-á confrontar as análises feitas nas seções precedentes com argumentos contrários ao modo pelo qual a Corte atua, de forma a possibilitar um diálogo com tais críticos e enviesar uma conclusão acerca da construção feita ao longo desta exposição.

## 2 Uma narrativa para e pelo povo

A história americana é frequentemente associada com o triunfo do constitucionalismo sobre governos despóticos, descompromissados com seus cidadãos. Hannah Arendt (2011, p. 188-190) reverencia a Revolução Americana e sua potência radical para entender a nova formatação do Estado, em especial quando comparada com o fenômeno francês, ainda que se mostre desencantada com o resultado posterior das ações empreendidas pelos Pais Fundadores (*Founding Fathers*) dos Estados Unidos da América, muito em razão do aprisionamento dessa potência revolucionária nas instituições e mecanismos que viriam a estruturar a República.

Diversas são as tentativas que anseiam captar a essência revolucionária e inovadora da fundação dos Estados Unidos, seja do ponto de vista da História, da Ciência Política ou mesmo do Direito Constitucional. O historiador Gordon S. Wood traduz a experiência revolucionária nos seguintes termos:

*They knew that by overthrowing monarchy and adopting republican governments in 1776 they had done more than eliminate a king and institute an elective system of government. Republicanism gave a moral, even utopian, significance to their revolution that had made their separation from Great Britain much more than a simple colonial rebellion. They were keenly aware that by becoming members of thirteen republics they had undertaken a bold and perhaps worldshattering experiment in self-government. At the moment of independence that was how they thought of themselves – as thirteen separate republics. No American revolutionary even imagined the possibility of creating a strong continental-sized national republic similar to the one that was established by the Constitution a decade later in 1787–1788. (2009, p. 6-7)<sup>1</sup>.*

A Independência declarada em 4 de julho de 1776 não significou apenas o rompimento das colônias com a Coroa; mais do que isso, representou a quebra do modelo vigente e inaugurou o ideário republicano, expressado pelo primado do autogoverno. Mas o que significa *autogoverno*? Quem pode falar pelo nome de todos os membros da comunidade política recém-fundada?

A Constituição dos Estados Unidos da América, criada em 17 de setembro de 1787 e ratificada pelos estados quase um ano depois, é estabelecida pelo Povo (*We the People*). A famosa expressão constante do preâmbulo começa a formular traços mais precisos acerca do autogoverno, identificando nesta nova figura a fonte e a autoridade do poder que serão entregues às instituições descritas ao longo do texto constitucional. Vale ressaltar que a legitimidade das ações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dependem da íntima conexão com os propósitos do Povo, coordenando esforços para o fim de formar uma União mais perfeita (*to form a more perfect Union*).

A pergunta feita anteriormente agora assume uma forma diferenciada: quem é o Povo? Como identificá-lo? Quem age em nome dele? Em comparação com as instituições, órgãos e funções, não há muito substrato textual na Constituição que ajude a resolver tais questões ou mesmo a torná-las mais precisas.

Dentre as diferentes abordagens que visam identificar este ente, uma das reconhecidas é a tese dos momentos constitucionais trabalhada

---

1 “Eles sabiam que, ao derrubar a monarquia e adotar governos republicanos em 1776, haviam feito mais do que eliminar um rei e instituir um sistema eletivo de governo. O republicanismo deu um significado moral, e até mesmo utópico, à sua revolução, que fez sua separação da Grã-Bretanha muito mais do que uma simples rebelião colonial. Eles estavam bem conscientes de que, ao se tornarem membros de treze repúblicas, haviam empreendido uma experiência ousada e talvez revolucionária no autogoverno. No momento da independência, foi assim que eles se imaginaram – como treze repúblicas separadas. Nenhum revolucionário americano sequer imaginou a possibilidade de criar uma forte república nacional de tamanho continental, semelhante à que foi estabelecida pela Constituição uma década mais tarde, em 1787-1788” (tradução nossa).

por Bruce Ackerman, professor da Universidade de Yale, em sua trilogia intitulada *We the People* (1991; 2000; 2014). No primeiro volume da série, dedicada a analisar a fundação, Ackerman elabora a ideia de que o Direito Constitucional é caracterizado como um diálogo entre gerações. Não sendo a Constituição apenas um texto, mas também uma prática histórica, este último sentido é extraído das diversas lutas e disputas que acabam por definir o destino e a identidade da Nação (1991, p. 34). Portanto, não há dúvidas de que a ação do Povo não se encontra confinada apenas em um único momento, no *fiat lux* dos Estados Unidos da América. Ao contrário, a narrativa constitucional norte-americana nos mostra a recorrente evocação desse misterioso personagem, de difícil definição, na tentativa de gravar os anseios e lutas dentro da Lei Fundamental.

Ackerman fará uso de uma distinção no campo da política que permite verificar os momentos precisos em que a figura do Povo se fez presente na história estadunidense. Trata-se da dicotomia conhecida como a política ordinária (*normal lawmaking*) e a política extraordinária (*higher lawmaking*). A primeira é visualizada através dos mecanismos ordinários que regulam o processo legislativo, cuja legitimidade se concretiza pela realização de eleições livres e regulares. A segunda via é mais tortuosa e mais rara de ser visualizada na práxis: trata-se de um longo processo travado entre a sociedade civil e os demais poderes, cuja regulação não se encontra claramente definida. Apenas a política extraordinária consegue canalizar a vontade do Povo, o que explica porque se trata de um processo tão oneroso e que requer uma ação coordenada das diversas instituições que compõem o Estado para levar a cabo as requisições propostas. Por tal razão, eventuais entraves que possam comprometer a realização das reivindicações, como o princípio da separação de poderes, são deixados de lado em favor da formação de um momento constitucional. Neste ponto, impende compreender, descritivamente, como surgem os momentos constitucionais na história norte-americana, uma vez que as proposições normativas já estão postas, mormente a distinção visualizada no binômio política ordinária/extraordinária (ACKERMAN, 1998, p. 5-10).

A Fundação, por si mesma, em que pese seu importante papel na consolidação do constitucionalismo, do Estado de Direito e do princípio republicano, não esgota todo o potencial transformador da ação do Povo (*We the People*). A escola dos originalistas, assumindo uma posição notadamente

conservadora, formulou uma teoria da interpretação constitucional que compreende o texto constitucional exatamente sob o viés reducionista da Fundação. Colocando em termos ainda mais problemáticos, essa corrente compreende a Constituição tal qual interpretada pelas pessoas que a elaboraram (intenção original) ou pelo sentido que as palavras possuíam à época da ratificação da Lei Fundamental (KAY, 2009). Ao utilizar-se desse momento constitucional preciso, o originalismo procura um distanciamento da vontade popular corrente na apreciação dos sentidos em disputa acerca de uma determinada previsão constitucional. No entanto, conforme bem assentam Robert Post e Reva Siegel, o originalismo possui um compromisso constitucional substantivo, engajando-se na defesa da pauta conservadora trazida ao debate público pela Nova Direita a partir dos anos 70:

*Reagan conservatives denounced Warren and Burger Court precedents as threatening traditional American ways of life, and they used the theory of originalism to signify their intention to appoint a Court that would be faithful to the founders' Constitution and 'restore' traditional understandings of religion, family, private property, and race to American constitutional law. What made originalism so compelling was the way its claims about interpretive method conveyed a motivating constitutional vision and the authority to assert that vision as law. The association of the originalist interpretive method with a particular substantive vision was not an accidental but an essential feature of its popular appeal. (POST; SIEGEL, 2009, p. 30)<sup>2</sup>.*

A potência revolucionária de *Nós, o Povo*, acaso restasse confinada nos eventos da Fundação do Estado, ficaria estagnada e falharia em sua missão de promover uma comunidade assentada na ideia de autogoverno. De fato, concebendo a Carta Magna como uma Constituição de *detalhes*, interpretada de acordo com o sentimento social (*mindset*) prevalente à época, mais de dois séculos atrás, o anseio do Povo de gravar suas lutas no ideário constitucional fracassaria de forma retumbante.

---

2 “Os conservadores de Reagan denunciaram os precedentes da Corte de Warren e Burger como ameaçando os modos tradicionais de vida americanos e usaram a teoria do originalismo para significar sua intenção de nomear uma Corte que seria fiel à Constituição dos fundadores e *restaurar* entendimentos tradicionais de religião, família, propriedade privada e raça ao Direito Constitucional americano. O que tornou o originalismo tão convincente foi o modo como suas afirmações sobre o método interpretativo transmitiram uma visão constitucional motivadora e a autoridade para afirmar essa visão como lei. A associação do método interpretativo originalista com uma visão substantiva particular não foi uma característica acidental, mas essencial de seu apelo popular” (tradução nossa, grifos no original).

*Or we can interpret the Bill of Rights very differently, as expressing only the very specific, concrete expectations of the particular statesmen who wrote and voted for them. The due process and equal protection clauses would then have only the force that particular people who voted for them would have expected them to have. If we interpret the Bill of Rights in this manner, we construct a constitution of detail – a collection of independent historical views and opinions unlikely to have great unity or even complete consistency. (DWORKIN, 1993, p. 119)<sup>3</sup>.*

Em que pese a quebra com o domínio colonial anteriormente exposta, a Fundação era um projeto revolucionário, mas em constante construção. Os representantes do povo deram início a um ambicioso projeto que visava a inclusão de todos os cidadãos na arena pública, e que viria a ser constantemente discutido e implementado, para, então, tornar-se real perante os membros da comunidade política. Se, ao revés, a Fundação fosse o único e supremo ato de criação que pautaria o debate político, poucas lições daquele período seriam lembradas, não sendo capaz de ser um capítulo importante da narrativa constitucional contada neste trabalho. Esta posição é bem retratada por Ackerman na seguinte passagem:

*The Founders established an oligarchy. While they spoke for the People, they only tried to win the mobilized consent of white men. This is, of course, true; and it is one of the principal reasons why I have been urging a thorough reworking of the professional narrative which guides modern judges in interpreting the Constitution. By ignoring or trivializing the higher lawmaking achievement of the twentieth century, the received narrative gives too oligarchic an aspect to our constitutional history. (1991, p. 315)<sup>4</sup>.*

---

3 “Ou nós podemos interpretar a Carta de Direitos de modo bastante diferente, como expressando apenas as expectativas concretas muito específicas dos estadistas, em particular, que escreveram e votaram por eles. O devido processo e as cláusulas de igual proteção teriam então, apenas a força que as pessoas que votaram neles esperaríamos que eles tivessem. Se interpretarmos a Carta de Direitos dessa forma, construímos uma constituição de detalhes – uma coleção de opiniões e visões históricas independentes que provavelmente não terão grande unidade ou mesmo consistência completa” (tradução nossa).

4 “Os Fundadores estabeleceram uma oligarquia. Quando falavam pelo Povo, eles apenas tentavam ganhar o consentimento mobilizado dos homens brancos. Isto, é claro, é verdade; e é uma das principais razões pelas quais tenho insistido em uma reformulação da narrativa profissional que guia os juizes modernos na interpretação da Constituição. Ao ignorar ou trivializar a mais alta conquista legislativa do século XX, a narrativa recebida dá um aspecto muito oligárquico à nossa história constitucional” (tradução nossa).



Portanto, como sugere Ackerman (1991), a narrativa constitucional deve englobar outros momentos que demonstrem esse compromisso maior do que o estabelecimento de uma oligarquia<sup>5</sup>, compromisso este a ser levado adiante pelo Povo e pelas instituições que o representariam no jogo da política ordinária.

O segundo momento constitucional elaborado por Ackerman remonta à época da Reconstrução (1998, p. 120-252). Como é cediço, a União quase restou desintegrada, falhando com o propósito enunciado no preâmbulo da Constituição, durante a década de 1860. O ocaso da Guerra Civil Americana (1861-1865) dividiu o Norte e o Sul em relação ao tema da escravidão, cujas diferenças não puderam ser resolvidas senão pelo combate e a luta do Sul pela secessão e manutenção do sistema escravista.

Neste ponto da narrativa, a Suprema Corte acabou por falhar em sua missão constitucional ao contribuir para o acirramento do conflito ao decidir de forma infame o famoso caso *Dred Scott*, declarando que pessoas de origem africana, mesmo as que não fossem escravas, não poderiam ser consideradas cidadãos pela Constituição. Assim, pronunciou a inconstitucionalidade do Compromisso do Missouri, o qual foi responsável pela relativa estabilidade entre os Estados federados na matéria atinente à escravidão<sup>6</sup>.

Tal decisão gera um grande descontentamento por parte da resistência antiescravista baseada no Norte, a qual viria a desembocar na Guerra Civil após a posse de Abraham Lincoln como Presidente dos Estados Unidos da América.

*Dred Scott contains two key ideas that we might find valuable today. The first is its commitment to the idea of equality, however warped. The second is its hostility to colonialism and imperialism. Today we think of Dred Scott as the very symbol of inequality, because it treated blacks as an inferior order of humanity. But Taney (and Catron) thought they were upholding equal rights-between Southerners and Northerners. Dred Scott held that the Missouri Compromise banning slavery in the northern territories was unconstitutional because the federal government could not subordinate the interests of the Southern white slave-holding citizens to those of their*

---

5 Criticável, ainda, a posição dos chamados Pais Fundadores em relação à escravidão, cuja referência aparecia de forma implícita na Constituição, o que reforçaria a tese de Ackerman acerca do regime oligárquico mantido pelos *Framers* nos primeiros anos da República.

6 Como averba Rehnquist (2007, p. 55-56), após a entrada do Missouri na União, o Congresso aprovou o chamado *Compromisso do Missouri*, o qual proibiu o instituto da escravidão ao norte do paralelo que constituía os limites ao Sul com o Missouri. Apesar da aludida proibição, tal avença alcançava apenas os estados situados ao Norte, vez que os estados mais ao Sul não se encontravam contemplados pelos limites inscritos na legislação.

*Northern compatriots. Whatever else one might say about the Missouri Compromise, it generated a structural inequality at its core: Northerners could bring all of their property into the federal territories to settle them, but Southerners could not. (BALKIN; SANDFORD, 2007, p. 83)<sup>7</sup>.*

O momento constitucional precisamente narrado por Ackerman diz respeito ao período pós-guerra, chamado de Reconstrução, mediante a proposição de iniciativas que ajudassem a reunificar a Nação após a vitória do Norte sobre o Sul. As mais sensíveis medidas nesse aspecto foram enunciadas pelo Presidente Lincoln, esperando que houvesse a adesão dos membros do Congresso e dos estados federados, consubstanciadas em três Emendas Constitucionais que resolveriam por vez o assunto da escravidão. As Emendas 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup> e 15<sup>a</sup> foram o legado do intenso diálogo promovido entre Executivo e Legislativo na questão não só de resolver a escravidão, abolindo-a de uma vez por todas no plano normativo, mas também assumindo um compromisso mais denso com o valor da igualdade. De fato, a interpretação dada ao texto da 14<sup>a</sup> Emenda operou uma mudança drástica na concepção até então reinante acerca de indivíduos membros de grupos vulneráveis (afro-americanos, mulheres, homossexuais, entre outros). No entanto, o triunfo do ideal da igualdade custou a se fazer presente na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, como bem demonstra o caso *Plessy v. Ferguson*. No caso em questão, o mais alto tribunal da jurisdição federal decidiu que a doutrina nomeada *Separados, mas iguais* era constitucional, segundo a Cláusula da Igual Proteção constante da 14<sup>a</sup> Emenda.

Mencionada doutrina vindicava a existência de compartimentos separados para brancos e negros em trens, restaurantes, hotéis, entre outros estabelecimentos comerciais, desde que possuíssem características semelhantes. A posição assumida pela Suprema Corte em 1896 só viria a sofrer mudança em 1954, quando da decisão proferida no famoso caso *Brown v. Board of Education*, o qual será analisado posteriormente.

---

7“Dred Scott contém duas ideias-chave que podemos achar valiosas hoje. O primeiro é o seu compromisso com a ideia de igualdade, por mais distorcida que seja. A segunda é a sua hostilidade ao colonialismo e ao imperialismo. Hoje pensamos em Dred Scott como o próprio símbolo da desigualdade, porque tratava os negros como uma classe inferior da humanidade. Mas Taney (e Catron) pensaram que estavam mantendo direitos iguais entre os sulistas e os nortistas. Dred Scott sustentou que o compromisso do Missouri de banir a escravidão nos territórios do norte era inconstitucional porque o governo federal não podia subordinar os interesses dos cidadãos escravistas brancos do sul aos de seus compatriotas do norte. O que quer que se possa dizer sobre o Compromisso do Missouri, ele gerou uma desigualdade estrutural em sua essência: os nortistas poderiam trazer todas as suas propriedades para os territórios federais para resolvê-los, mas os sulistas não poderiam” (tradução nossa).

O terceiro momento constitucional (ACKERMAN, 1998, p. 255-311) não operou uma mudança apenas nos planos jurídico e político, mas também produziu efeitos bem visíveis no plano econômico. Logo após a Primeira Guerra, os Estados Unidos da América lograram um crescimento econômico bastante expressivo, firmando-se como uma das grandes potências industriais da época. Ocorre que, no final da década de 20, com a quebra da Bolsa de Nova York, o país entrou em um período de profunda recessão econômica, conhecido como a *Grande Depressão*. Para reverter tal situação, o Presidente recém-eleito Franklin Delano Roosevelt elaborou uma série de medidas de caráter econômico dirigidas, sobretudo, aos membros das classes menos favorecidas, dando início às políticas de *welfare*. Não sofrendo resistência do Congresso, cuja maioria era composta por membros do Partido Democrata, as medidas se tornaram leis efetivas e começaram a ser aplicadas em diversos setores da sociedade, especialmente nas relações travadas entre empregados e empregadores. Por isso, na avaliação de Ackerman, sem o advento da Reconstrução e do *New Deal* enquanto políticas constitucionais, a Constituição, tal qual a conhecemos, não existiria (1991, p. 315-316).

Pouco a pouco, tais ações começaram a ser questionadas no Poder Judiciário, de forma que tais medidas acabaram por entrar na agenda decisória da Suprema Corte. As medidas de Roosevelt foram derrubadas uma a uma pelo tribunal, que optou por seguir a doutrina do liberalismo *laissez-faire*, exposta de forma proeminente no caso *Lochner*, em que a Alta Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei que limitava a jornada diária de padeiros no Estado de Nova York. A mudança na jurisprudência da Corte se deu a partir do caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, oportunidade em que a doutrina *Lochner* foi revista e passou-se a declarar a constitucionalidade de leis que encampavam o ideal do Estado do Bem-Estar Social, sendo que tal mudança só foi operada após o anúncio do Presidente Roosevelt acerca de uma radical transformação na Suprema Corte, que passou a contar com novos membros que forneceriam a maioria almejada pelo Executivo nos casos envolvendo as medidas do *New Deal*. Essa proposta, que acabou por não ser levada adiante, foi chamada pelos opositores de plano para empacotar a Corte (*Court-packing plan*), alcunha que carrega até hoje.

Por fim, o último momento constitucional a ser citado por Ackerman, concebendo a atuação direta do Povo na condução da política norte-americana, é o Movimento dos Direitos Civis (*Civil Rights Movement*). Essa formulação é a mais recente na obra

teórica de Ackerman, haja vista que a descrição de tal momento é fornecida apenas no terceiro volume da série *We the People*, chamado *The Civil Rights Revolution*.

Como visto anteriormente, a edição das Emendas Constitucionais da Reconstrução não logrou em reconhecer os afro-americanos como sujeitos de direitos iguais como os brancos. Ao contrário, com exceção da abolição da escravidão, mudou-se muito pouco na conjuntura social vivenciada por tal grupo, especialmente em virtude da doutrina dos *separados, mas iguais*. Essa doutrina, apesar de ser formulada nesses termos, acabou por não se mostrar verdadeira, haja vista que havia um enorme *deficit* estrutural nos estabelecimentos frequentados por afro-americanos, não constituindo um acesso igualitário a certos serviços e produzindo um acentuado sentimento de inferioridade na comunidade negra. Esse sentimento é percebido de forma bem marcante no famoso caso *Brown v. Board of Education*. Nele, vários pais e responsáveis de crianças negras queriam reverter a doutrina do *separate, but equal*, e argumentavam que a segregação nas escolas primárias criava um sentimento de inferioridade nas crianças, além de revelar a inconsciência da política de distribuição das escolas na região, uma vez que as crianças negras não poderiam se matricular em escolas próximas de suas casas caso os estabelecimentos educacionais fossem reservados apenas para crianças brancas. A Suprema Corte, em decisão memorável, acabou por entender que a doutrina do caso *Plessy* não mais vigorava, visto que era inconsistente com a Cláusula da Igual Proteção inscrita na Décima-Quarta Emenda à Constituição americana. Cabe registrar que tal decisão foi seguida por todos os juízes da Corte, não havendo dissidências graças ao hercúleo esforço do *Chief Justice* Earl Warren para obter o resultado unânime.

Embora possa parecer um simples exercício de *supremacia judicial*<sup>8</sup>, o caso *Brown* apenas foi o ponto de partida da Revolução dos Direitos Civis – como demonstra o título da obra de Ackerman –, a qual foi transformando os corações e as mentes de vários cidadãos norte-americanos, permitindo-os lutar por mais reformas e ações transformadoras como a decisão do caso *Brown*. Em verdade, o grande mérito do caso *Brown*, segundo Ackerman, foi o de criar um princípio condizente com a igualdade em seu caráter substantivo: o princípio anti-humilhação. Conforme destaca Ackerman, esse princípio foi incorporado por uma série de estatutos legais, aprovados por uma grande margem de votos, os quais vieram a garantir a igualdade material de indivíduos pertencentes a diversos segmentos sociais:

---

8 Conforme assevera Larry Kramer (2004, p. 125), os Federalistas conceberam uma teoria do *judicial review* em um espectro mais amplo, contemplando a noção que os juízes detêm a última palavra sobre o significado do texto constitucional, de modo que as decisões dos tribunais determinam o conteúdo da interpretação constitucional para todos, incluídos os demais poderes. Este é, em síntese, o postulado da supremacia judicial.

*There is great wisdom in Warren's opinion, but a single master insight will suffice for now: the Court's emphasis on the distinctive wrongness of institutionalized humiliation. I will be contrasting Brown's antihumiliation principle with the two traditional approaches, showing how Warren's words provided a constitutional framework for the larger exercise of popular sovereignty culminating in the landmark statutes of the 1960s. This will, I hope, encourage lawyers and judges to break out of their current doctrinal impasse and develop the distinctive implications of a concern with institutionalized humiliation. (2014, p. 128-129)<sup>9</sup>.*

A legislação federal mencionada, a qual constitui o cânone da Revolução dos Direitos Civis, foi proposta pelo movimento negro com o fim de acabar com a humilhação institucionalizada. Como a Constituição norte-americana não tratava da discriminação perpetrada por particulares, a mudança de paradigma teria de ser realizada pela via da legislação ordinária. Dessa forma, através da luta incansável de diversos grupos e movimentos sociais, especialmente aqueles estabelecidos no Sul, foram propostos três estatutos que visavam combater problemas localizados dentro da comunidade afro-americana: o *Civil Rights Act*, de 1964, o *Voting Rights Act*, de 1965, e o *Fair Housing Act*, de 1968. O primeiro dizia respeito à discriminação sofrida em espaços públicos, aplicando a lógica de *Brown* para além do contexto da educação pública. O segundo estatuto tratava da garantia efetiva do direito ao voto, restringindo sobremaneira a discricionariedade do Estado na concessão do registro eleitoral. Por fim, o terceiro estatuto se dirigia aos proprietários de imóveis que se negavam a vender, alugar ou negociar com qualquer pessoa por motivo de discriminação racial.

Todos os estatutos foram aprovados, repisa-se, após demonstrações públicas por parte dos vitimados pela segregação racial ainda presente, de forma que tais protestos canalizaram a força revolucionária do Povo e assim lograram êxito em passar suas reivindicações para o plano normativo, mediante a ação coordenada dos três Poderes.

Esses foram, em suma, os momentos narrados por Ackerman e que também se fazem presentes na Constituição. Esta não pode ser considerada apenas como um

---

9 "Há uma grande sabedoria na opinião de Warren, mas uma única perspicácia de mestre será suficiente por agora: a ênfase da Corte na inadequação da humilhação institucionalizada. Eu irei contrastar o princípio anti-humilhação de Brown com as duas abordagens tradicionais, demonstrando como as palavras de Warren forneceram um quadro constitucional para o maior exercício da soberania popular, culminando nos marcantes estatutos da década de 1960. Espero que isso estimule advogados e juízes a romper com seu atual impasse doutrinário e a desenvolver as implicações distintivas de uma preocupação com a humilhação institucionalizada" (tradução nossa).

texto aprovado há mais de 200 anos, sem rememorar as lutas que surgiram após sua entrada em vigor, como acreditam os originalistas. Dessa forma, passa-se a analisar se a Suprema Corte, considerada a guardiã da Lei Fundamental, exerce sua função emulando tais momentos constitucionais ou se adota uma postura distinta, de rechaço e indiferença em relação aos compromissos assumidos diretamente pelo Povo (*We the People*).

### 3 A Suprema Corte e o Fórum do Princípio

A ideia de atribuir a uma corte judiciária o controle da interpretação constitucional, exercida quase como um monopólio, permanece controversa como sempre<sup>10</sup>. Como visto nos itens anteriores, muitas das decisões da Suprema Corte podem ser categorizadas não como expressões de momentos constitucionais oriundos da ação do Povo, mas, sim, como exercícios da filosofia da supremacia judicial exposta por Larry Kramer (2004).

A teoria dos momentos constitucionais enunciada por Bruce Ackerman, no entanto, não compartilha de tal crítica. Ao afirmar que não apenas o Judiciário, representado massivamente pela Suprema Corte, mas também os outros Poderes podem assumir a dianteira de um momento constitucional, o autor rechaça a hipótese de que muitas atuações da Alta Corte foram um mero exercício de supremacia judicial:

*The dominant professional narrative is court-centered—the young lawyer is taught from casebooks that focus almost exclusively on judicial opinions stretching from Marbury v. Madison to Brown v. Board, Roe v. Wade, and beyond. We the People is regime-centered. It focuses on the institutional relationships and public values affirmed by the constitutional system as a whole, fitting the courts into this larger framework. (2014, p. 2)<sup>11</sup>.*

Ackerman continua sua análise normativa da narrativa constitucional norte-americana assentando que, no caso específico do Movimento dos Direitos Civis, a ação transformadora tomada a cabo pelo Povo (*We the People*) não

---

10 Por todos, vide BICKEL, 1986.

11 “A narrativa profissional dominante é centrada na corte – o jovem advogado é ensinado a partir de livros de casos que se concentram quase que exclusivamente em opiniões judiciais que vão desde *Marbury vs. Madison* até *Brown versus Board*, *Roe vs. Wade* e além. *We the people* é centrado no regime. Seu enfoque é nas relações institucionais e nos valores públicos afirmados pelo sistema constitucional como um todo, ajustando os tribunais a esta estrutura mais ampla” (tradução nossa).

seria factível caso os avanços remanescessem nas cortes. Para além disso, as reivindicações deveriam fazer parte de um amplo movimento coordenado entre todas as esferas do governo, de forma a permitir a factibilidade de tais demandas:

*Supreme Court leadership wasn't nearly enough to win the precious sense of mobilized and broad support required to gain the assent of We the People. It was only when President Lyndon Johnson and his liberal Congress followed through with a series of landmark statutes that Brown's promise became a fundamental premise of the modern republic.*

*Lyndon Johnson's 1964 victory over Barry Goldwater played a pivotal role, giving him a broad mandate to move beyond the Civil Rights Act of 1964 to win passage of the Voting Rights Act of 1965 and the Fair Housing Act of 1968. By the end of his presidency, all three branches had engaged in a collaborative process that extended Brown far beyond the sphere of public education into an escalating series of initiatives that revolutionized the constitutional meaning of equality. (2014, p. 5-6)<sup>12</sup>.*

Assim, a Suprema Corte atua de forma mais discreta do que parecem crer muitos de seus críticos, como por exemplo Kramer. Na realidade, as virtudes ativas do tribunal são instadas a se manifestar de maneira não muito diferente dos demais Poderes, permanecendo abertos aos novos debates que viriam a ser pautados pelos cidadãos. Por tal razão, o papel da Suprema Corte não deve ser exagerado, representando-a como a instituição que deveria ser a *menos perigosa* e que hodiernamente atua de forma independente, sem dar atenção à opinião pública. Em verdade, o que diferencia a Suprema Corte das outras instituições do governo federal é a sua capacidade de transformar as discussões políticas em discussões de princípios, focando a atenção nos direitos individuais dos cidadãos:

---

12 “A liderança da Suprema Corte não foi suficiente para conquistar o precioso senso de apoio amplo e mobilizado necessário para obter o consentimento de *We the people*. Foi somente quando o presidente Lyndon Johnson e seu Congresso liberal seguiram com uma série de estatutos marcantes que a promessa de Brown se tornou uma premissa fundamental da república moderna.

A vitória de Lyndon Johnson sobre Barry Goldwater em 1964 teve um papel fundamental [nesse cenário], dando-lhe um amplo mandato para ir além da *Civil Rights Act*, de 1964, e obter a aprovação da *Voting Rights Act*, de 1965, e da *Fair Housing Act*, de 1968. Até o final de sua presidência, essas três esferas haviam se engajado em um processo colaborativo que levou Brown muito além do campo da educação pública, alcançando uma série crescente de iniciativas que revolucionaram o significado constitucional da igualdade” (tradução nossa).

*We have reached a balance in which the Court plays a role in government but not, by any stretch, the major role. Academic lawyers do no service by trying to disguise the political decisions this balance assigns to judges. Rule by academic priests guarding the myth of some canonical original intention is no better than the rule by Platonic guardians in different robes. We do better to work, openly and willingly, so that the national argument of principle that judicial review provides is better argument for our part. We have an institution that calls some issues from the battleground of power politics to the forum of principle. It holds out the promise that the deepest, most fundamental conflicts between individual and society will once, someplace, finally, become questions of justice. I do not call that religion or prophecy. I call it law. (DWORKIN, 1985, p. 71)<sup>13</sup>.*

A Suprema Corte é, por excelência, o fórum de princípios, permitindo que questões que habitam o campo da política tornem-se questões de princípios, focando-se na realização de valores fundamentais da sociedade norte-americana. Nesse ponto, impende verificar em que medida a Alta Corte desempenha este papel fundamental, retratando a adesão do tribunal às reivindicações de diversos grupos sociais que compõem a comunidade política.

O caso *Brown* é um bom exemplo de como a Suprema Corte conseguiu realizar essa transmutação das questões políticas para questões de justiça. Acaso trilhasse pela direção proposta pelo Professor Herbert Wechsler (1959, p. 31), no sentido de que a Corte deveria aplicar de forma neutra a Constituição e reservar ao Legislativo a resolução de questões conflituosas por meio de estatutos, a Corte teria falhado com sua missão constitucional de falar em nome de *We the People*. Indo um passo adiante, a Suprema Corte teria falhado de igual maneira caso tivesse decidido o caso *Brown* em favor das crianças negras, mas se abstivesse de fornecer respostas concretas de como enfrentar a discriminação racial:

---

13 “Nós alcançamos um equilíbrio em que o Tribunal desempenha um papel no governo, mas não, de forma alguma, o papel principal. Os advogados acadêmicos não prestam serviço algum tentando disfarçar as decisões políticas que esse equilíbrio atribui aos juizes. A regra dos padres acadêmicos resguardando o mito de alguma intenção original canônica não é melhor que a regra de guardiões platônicos em vestes diferentes. Nós fazemos melhor ao trabalhar de maneira aberta e voluntária, de modo que o argumento nacional de princípio que a revisão judicial fornece seja um argumento melhor para nossa parte. Temos uma instituição que chama algumas questões desde o campo de batalha de política do poder até o fórum de princípios. Ela mantém a promessa de que os conflitos mais profundos e fundamentais entre indivíduo e sociedade irão, em algum momento, tornar-se questões de justiça. Eu não chamo isso de religião nem profecia. Eu chamo de lei” (tradução nossa).



*The history of the campaign against racial injustice since 1954, when the Supreme Court decided Brown v. Board of Education, is a history in large part of failure. We have not succeeded in reforming the racial consciousness of our society by racially neutral means. We are therefore obliged to look upon the arguments of affirmative action with sympathy and an open mind. (DWORKIN, 1985, p. 25)<sup>14</sup>.*

A Suprema Corte deve, portanto, emular os momentos constitucionais em seus julgados com o fim de promover transformações por meio da melhor interpretação possível da Cláusula da Igual Proteção. Por isso, como sugerido na passagem acima, a Corte possui a tarefa fundamental de se engajar na proteção dos indivíduos que reclamam por justiça, fornecendo respostas substantivas às suas demandas, como exemplificam os casos julgados acerca das ações afirmativas. Esse tema foi apreciado pela Corte na década de 1970 no julgamento do caso *Regents of the University of California v. Bakke*, que envolvia a demanda de um candidato (branco) de ter direito a assumir uma vaga no curso de Medicina na Universidade da Califórnia, alegando que a ação afirmativa implementada pela universidade feria a Cláusula da Igual Proteção. A Suprema Corte dividiu-se em duas maiorias, conforme as linhas ideológicas dos juízes, para assentar que o candidato tinha direito ao preenchimento da vaga, mas também afirmou que ações afirmativas eram permissíveis desde que cumprissem com um interesse estatal fundamental (*complying state interest*)<sup>15</sup>, que, no caso em tela, era a promoção da diversidade no campus universitário. No entanto, o programa da Universidade da Califórnia foi considerado inadequado ao não conseguir atender o *standard* do interesse fundamental a ser demonstrado pelo Estado.

Em 2003, a Suprema Corte apreciou novo caso envolvendo a política de ação afirmativa nas universidades norte-americanas. O caso *Bakke* havia gerado um amplo debate nos círculos acadêmicos não só do ponto de vista principiológico, mas também do ponto de vista prático, já que restava a dúvida acerca da vinculação ao *decisum*, que não teria constituído precedente válido

---

14 “A história da campanha contra a injustiça racial desde 1954, quando a Suprema Corte decidiu o caso *Brown vs. Board of Education*, é uma história, em grande parte, do fracasso. Nós não conseguimos reformar a consciência racial de nossa sociedade por meios racialmente neutros. Somos, portanto, obrigados a considerar os argumentos da ação afirmativa com simpatia simples e uma mente aberta” (tradução nossa).

15 Jurisprudência consolidada da Corte. Para que a Cláusula de Igual Proteção não seja considerada vulnerada em casos que lidam com tratamentos diferenciais, o Estado possui o ônus de oferecer uma justificativa que seja hábil o bastante para *assentar* a constitucionalidade da medida questionada.

ante a divisão extrema entre os juízes da Corte (foram oferecidas seis *opinions*<sup>16</sup> separadas). Coube à Suprema Corte, na discussão e no julgamento do caso *Grutter v. Bollinger*, a decisão final acerca da constitucionalidade das ações afirmativas como um remédio concreto hábil a reparar as chagas da desigualdade (*de facto* e *de jure*) que acometeram os membros da comunidade afro-americana.

*Racial discrimination expresses contempt, and it is deeply unjust and wounding to be condemned for one's natural properties; racial discrimination is, moreover, wholly destructive of its victims' lives - it does not merely close off to them one or another opportunity open to others, but injures them in almost all the prospects and hopes they might conceive. In a racist society people are indeed rejected absolutely and for who they are, and it is therefore natural that racial classifications should be seen as capable of inflicting a special form of injury. But it would nevertheless be perverse to disallow the use of such classifications to help combat the racism that is the true and continuing cause of that injury. The special psychological character of race is not a fixed fact to which policy must always defer. It is a product and sign of racism, and it must not be permitted to protect the racism that has generated it. (DWORKIN, 2002, p. 407)<sup>17</sup>.*

A Corte acabou por reasser a necessidade de um interesse fundamental a ser demonstrado pelo Estado para que o uso da raça seja permissível segundo a Cláusula da Igual Proteção inscrita na 14ª Emenda, sendo que a universidade logrou êxito em demonstrar que a adoção da ação afirmativa promovia a diversidade no campus. A decisão, no entanto, foi alvo de críticas em relação a um parágrafo da *opinion* de autoria da juíza Sandra Day O'Connor:

*It has been 25 years since Justice Powell first approved the use of race to further an interest in student body diversity in the context of public higher education. Since that time, the number of minority applicants with high grades*

16 *Opinions* equivalem aos votos, que podem consistir: i) em um entendimento majoritário do tribunal naquele caso (*opinion of the Court*); ii) em um voto separado que segue o resultado do julgamento, porém oferece outros argumentos que não compõem a decisão majoritária (*conurrence opinion*); e iii) voto contrário à posição prevalecente no tribunal naquele dado caso (*dissenting opinion*).

17 "A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e dolorido ser condenado pelas propriedades naturais de alguém; além disso, a discriminação racial é completamente destrutiva para a vida de suas vítimas – não se limita a uma oportunidade aberta a outras, mas as prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que elas possam conceber. Em uma sociedade racista, as pessoas são de fato rejeitadas de maneira absoluta por serem quem são, e é natural que as classificações raciais sejam vistas como capazes de infligir uma forma especial de lesão. Mas seria, no entanto, perverso não permitir o uso de tais classificações para ajudar a combater o racismo, que é a causa verdadeira e contínua dessa lesão. O caráter psicológico especial da raça não é um fato fixo ao qual a política deve sempre sujeitar-se. É um produto e sinal de racismo, e não deve ser permitido proteger o racismo que o gerou" (tradução nossa).

*and test scores has indeed increased. We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today. (UNITED STATES OF AMERICA, 2003)<sup>18</sup>.*

Na passagem transcrita, observa-se que a Suprema Corte limitou a permissibilidade das políticas de ações afirmativas no tempo, fazendo uso de um critério aleatório. Muito embora a Corte tenha acertado no resultado do julgamento, fazendo jus ao legado do Movimento dos Direitos Civis, o tribunal peca na fundamentação ao optar por um exercício de supremacia judicial, ao invés de avaliar oportunamente, no futuro, a questão sob novos pontos de vistas, sendo que tais oportunidades poderiam muito bem ser levadas pelo Povo, que seria visto como um sujeito constitucional concreto e não apenas como uma abstração normativa.

Outros casos demonstram oportunidades em que a Corte falhou ao reconhecer o legado do Povo inscrito nos momentos constitucionais, muitas vezes indo de encontro com eles e derrubando leis que contaram com ampla adesão popular.

Como visto na passagem que narra os acontecimentos do *Civil Rights Movement*, o clamor popular sagrou-se vencedor e três estatutos originaram-se das reivindicações dos afro-americanos. O segundo desses estatutos, o *Voting Rights Act*, foi questionado diversas vezes na Suprema Corte, tendo em vista a previsão contida em sua Seção 4(b), que possuía um mecanismo que obrigava os Estados federados a remeter, por meio do *Attorney General* (equivalente ao Ministro da Justiça) ou por julgamento da Corte do Distrito de Columbia, as alterações na legislação eleitoral para análise e homologação por parte da União. Em *Shelby County v. Holder*, a Suprema Corte declarou inconstitucional a Seção 4(b) do *Voting Rights Act*, entendendo os juízes que tal passagem feria os princípios do federalismo e da igual soberania dos Estados-membros. No final de sua *opinion*, falando pela maioria vencedora, o *Chief Justice* John Roberts acaba por repudiar as lutas do movimento afro-americano que terminaram por aprovar o estatuto ao declarar que “[...] our country has changed, and while any racial discrimination in voting is too much, Congress must ensure that the legislation it passes to remedy that problem

---

18 “Já se passaram 25 anos desde que Justice Powell aprovou pela primeira vez o uso da raça para promover o interesse na diversidade do corpo discente no contexto do ensino superior público. Desde então, o número de candidatos pertencentes a grupos minoritários com altas notas e pontuações nos testes, de fato, aumentou. Esperamos que, daqui a 25 anos, o uso de preferências raciais não seja mais necessário para promover o interesse aprovado hoje” (tradução nossa).

speaks to current conditions” (UNITED STATES OF AMERICA, 2012)<sup>19</sup>. A Suprema Corte, nesta oportunidade específica, dilacerou parte fundamental do *Voting Rights Act* mediante uso questionável da história da legislação para afirmar que remédios dirigidos ao combate da discriminação racial não eram mais necessários no tocante ao registro eleitoral, especialmente nos estados-membros que adotaram práticas que configuravam uma humilhação institucionalizada dirigida aos afro-americanos, barrando-os de exercer o direito constitucionalmente garantido ao voto.

Diante dos dados fornecidos pela práxis da Suprema Corte norte-americana, é possível perceber uma linha tênue que separa seus erros e acertos ao resolver os casos que se encontram sob sua alçada. Porém, o Direito Constitucional sofreria ainda mais caso a Alta Corte fizesse uso de suas virtudes passivas, abstendo-se de intervir em casos que se tornaram paradigmáticos, como *Brown* ou *Grutter*. Oportuna a lição de Dworkin, apoiando-se não em argumento de autoridade (supremacia judicial), mas sim no mais puro interpretativismo a favor dos direitos fundamentais:

*Nor does history suggest that they are. Passivists cite Lochner and other cases in which the Supreme Court, wrongly, it is now agreed, appealed to individual rights to forestall or cripple desirable and just legislative programs. But we would have more to regret if the Court had accepted passivism wholeheartedly; southern schools might still be segregated, for example. Indeed, if we were to collect the Court's decisions most generally regretted over the course of constitutional history, we would find more in which its mistake lay in failing to intervene when, as we now think, constitutional principles of justice required intervention. Americans would be prouder of their political record if it did not include, for example, Plessy or Korematsu. In both these cases, a decision of a majoritarian legislature was seriously unjust and also, as most lawyers now believe, unconstitutional; we regret that the Supreme Court did not intervene for justice in the Constitution's name. (1986, p. 375-376)<sup>20</sup>.*

19 “[...] nosso país mudou e, embora qualquer discriminação racial no voto seja demais, o Congresso deve garantir que a legislação aprovada para remediar esse problema esteja de acordo com as condições atuais” (tradução nossa).

20 “Nem a história sugere que eles são. Os passivistas citam *Lochner* e outros casos em que a Suprema Corte agora, erroneamente, concordou, apelou para os direitos individuais a fim de impedir ou paralisar programas legislativos desejáveis e justos. Mas nós teríamos mais a lamentar se a Corte tivesse aceitado, de todo coração, o passivismo; as escolas do sul ainda poderiam estar segregadas, por exemplo. De fato, se coletássemos as decisões da Corte mais comumente lamentadas ao longo da história constitucional, descobriríamos mais que seu erro estava em não intervir quando, como agora pensamos, os princípios constitucionais de justiça exigiam intervenção. Os americanos ficariam mais orgulhosos de seu histórico político se não incluísse, por exemplo, *Plessy* ou *Korematsu*. Em ambos os casos, a decisão de uma legislatura majoritária era seriamente injusta e também, como a maioria dos advogados acredita, inconstitucional; lamentamos que a Suprema Corte não tenha intervindo por justiça em nome da Constituição” (tradução nossa).

Seguindo Dworkin, a outra face da moeda nos revela que a Suprema Corte erra não porque age, mas porque acaba optando pela narrativa mais frágil, opção essa que acaba por ferir duramente a sua reputação como guardião dos direitos das minorias. Em *Dred Scott*, acolheu a tese dos escravagistas; em *Plessy*, optou por reconhecer os direitos dos ricos proprietários brancos; em *Lochner*, defendeu a política econômica do *laissez-faire*. Em suma, a Suprema Corte comete tais equívocos ao não abraçar as teses movidas pelo Povo, representando a si mesmo (*the People themselves*). Essa é a grande lição trazida pela teoria dos momentos constitucionais, alocando o papel da Suprema Corte na complexa estrutura normativa que fala em nome do Povo, bem como a correção de tais desvios na trajetória institucional do Tribunal.

#### 4 Conclusão

O debate em torno da atuação da Suprema Corte, assim como das demais instituições que compõem o governo federal, toma uma nova direção a partir da teoria dos momentos constitucionais. O papel do tribunal na direção e resolução dos casos é colocado cada vez mais em evidência, sendo discutido, criticado e reimaginado a partir da evocação de pontos-chaves da história constitucional norte-americana.

A investigação aqui realizada não pretende justificar a doutrina da supremacia judicial, tampouco a condena de forma veemente. Mais do que investir contra uma instituição constitucionalmente reconhecida, é necessário compreender a exata dimensão de seu trabalho na construção de uma narrativa constitucional que reconheça todos os indivíduos da comunidade política como merecedoras de igual respeito e consideração. Neste ponto, a dita supremacia judicial poderá canalizar o potencial transformador da ação capitaneada pelo povo, preservando-a de futuros ataques.

De outro plano, o trabalho também demonstra a complexa engenharia da distribuição do Poder nas diferentes agências do governo que, em última medida, podem convergir na direção de formulação de planos e diretrizes que encampam valores tão fundamentais a ponto de tais ações serem consideradas como fruto da atuação do próprio povo.

Dos momentos constitucionais especificados ao longo da exposição, aferiu-se que o constitucionalismo não se realiza apenas pela prática dialógica travada de forma amistosa entre os diferentes ramos do governo, mas também de fortes embates que podem, inclusive, gerar uma polarização extrema da Nação, como demonstra o caso da Reconstrução.

A narrativa constitucional norte-americana consagra as lutas e aspirações do Povo em seus diversos capítulos, rompendo com a imagem muito referenciada de que o Direito Constitucional resta confinado em fechados círculos acadêmicos ou

que se trata de matéria deixada para os técnicos como advogados e juízes, como se os demais membros da comunidade política estivessem interditados de oferecerem suas considerações para melhor apurar o sentido e o alcance da Constituição.

Assumindo as premissas do Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel (2009, p. 27-28), o desafio para a consolidação do ideário do auto-governo neste cenário de judicialização das questões constitucionais é balancear a legitimidade e o respeito pela autoridade do Direito, representado aqui neste trabalho pelas decisões da Suprema Corte, com a necessária responsabilidade democrática para abarcar novas demandas por reconhecimento, como demonstrado especialmente na seção atinente ao *Civil Rights Movement*.

Trata-se, pois, de incorporar a ideia de uma Constituição viva, que seja receptiva aos novos desafios que surgem nas complexas sociedades contemporâneas na identificação dos sujeitos constitucionais, de modo a ouvir e encampar tais demandas. A democracia constitucional deve sempre revolver e ampliar sua potência transformadora, ao invés de ficar centrada em um único ato – ainda que de dimensões extraordinárias – ocorrido há mais de 200 anos, como defendem os originalistas. A nossa tarefa reside nesta evocação das grandes conquistas do constitucionalismo e em sempre reaprender com elas, com o fim de realmente tornar a Constituição vivente, assumindo uma perspectiva substantiva dos direitos e interesses dos cidadãos, indo muito além da sua forma escrita e petrificada, congelada no tempo.

## 5 Referências

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **We the People: Transformations**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **We the People: Civil Rights Revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. 13 Ways of Looking at Dred Scott. **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 82, Nº. 800, p. 49, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper Nº. 153; U of Texas Law, Public Law Research Paper Nº. 115. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968975>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Life's Dominion: and argument about abortion, euthanasia and individual freedom**. New York: Knopf, 1993.

\_\_\_\_\_. **The Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KAY, Richard S. Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation. **Northwestern University Law Review**, Vol. 103, p. 703-726, 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1259867](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259867)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. 3. ed. New York: Vintage Books, 2007.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137. Washington, DC, 1803.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Dred Scott v. Sandford**, 60 U.S. 393. Washington, DC, 1857.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537. Washington, DC, 1896.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45. Washington, DC, 1905.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **West Coast Hotel Co v. Parrish**, 300 U.S. 379. Washington, DC, 1937.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Brown v. Board of Education**, 347 U.S. 483. Washington, DC, 1954.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Regents of University of California v. Bakke**, 438 U.S. 265. Washington, DC, 1978.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Grutter v. Bollinger**, 539 U.S. 306. Washington, DC, 2003.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Shelby County v. Holder**, 570 U.S. \_\_\_\_\_. Washington, DC, 2013.

WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, 1959.

WOOD, Gordon S. **Empire of Liberty**: a History of the Early Republic (1789-1815). New York: Oxford University Press, 2009.