

# A Constituição dos Estados Unidos

KENNETH L. PENEGAR

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Metodista do Sul, em Dallas, Texas

Tradução de PAULO BONAVIDES

Podará parecer algo estranho celebrar o aniversário da Constituição ocupando-se *unicamente de um aspecto, a saber, da Suprema Corte* e do controle judicial, no que tem de racional e nos limites a que pode chegar. Isso é tanto mais singular uma vez que a Constituição mesma não faz menção sequer do controle judicial. Demais, a teoria de função da Corte é ambígua — dificilmente se harmoniza com o “ethos” democrático ou com a maior parte da nossa tradição política; nem tampouco ocorre ao espírito como um colorário necessário do moderno modelo de governo ou uma força positiva para o progresso da sociedade. Afinal de contas, a Corte não pode principiar programas, nem obter renda, nem fazer coisa semelhante.

Na medida em que a Constituição fala mediante suas normas a todos os membros do governo, há uma velha e largamente aceita tradição de ceticismo a respeito da sensibilidade geral do Governo, tanto no tocante à visão negativa quanto à visão mais moderna e positiva do Estado. Daqui se infere uma expectativa de que deve haver alguma forma de intervenção, proveniente de um ponto pelo menos parcialmente arredado da política ordinária majoritária.

Em conseqüência, é de admitir que uma entidade quase política, investida de poderes arbitrários sobre o sistema, há-de evocar o mais forte interesse e estimular o mais ardente debate acerca de sua adequada função.

Faz-se mister conservar-se fiel àquela imagem individualista segundo a qual a Suprema Corte interfere demasiado em nossas vidas. Urge principiar com um breve artigo distribuído aqui previamente em Kent.

\* \* \*

O Professor LINO GRAGLIA caracterizou nossa presente situação como a de uma "tirania judicial". Constituiria isso naturalmente uma surpresa para MADISON e HAMILTON, ambos mais temerosos das maiorias no Congresso e nos Estados, do que do menos perigoso ramo do Judiciário. A proposição-chave de seu estudo é que a essência do governo autônomo consiste em que . . . os conflitos (de princípios ou de valores) se devem resolver não por meio de uma elite supostamente moral ou intelectual, mas de conformidade com a sabedoria coletiva do povo.

Há duas rápidas respostas aos reparos críticos de GRAGLIA. Uma é a de que, segundo as vistas dos contemporâneos, a Constituição é a única expressão direta de todo o povo, e não apenas de seus meros representantes no Congresso ou na legislatura. A Constituição em si mesma é expressão de sabedoria coletiva.

Em segundo lugar, há certamente o corolário que resulta desse problema prático: como determinar "a sabedoria coletiva do povo"? Uma assembléia urbana gigantesca de cem milhões de adultos? Uma sondagem de urna do Gallup ou do Harris?

Como um dado lateral ou à parte, deve-se dizer também que ninguém, nem mesmo o Professor Graglia, sabe o que a "maioria" do povo prefere no tocante a qualquer dessas questões controvertidas, tais como a religião nas escolas, limitações estatais sobre aborto, ocupação compulsória etc.

Antes de intentar uma resposta mais completa, examinemos os pontos de vista de outras eminentes autoridades acerca da defesa da causa contrária "ao ativismo judicial".

EDWIN MEESE, Procurador-Geral, resume sua "jurisprudência da intenção original": "Onde a linguagem da Constituição é específica, deve ela ser obedecida. Onde quer que haja um consenso que se possa demonstrar entre os formuladores e ratificadores quanto a um princípio declarado ou implícito na Constituição, há-de ser seguido. Onde quer que haja alguma ambigüidade relativamente ao sentido preciso ou ao alcance de uma provisão constitucional, urge interpretá-la e aplicá-la de maneira que, pelo menos, não contradiga o texto mesmo da Constituição."

Quem pode alterar com a ampla formulação do Procurador-Geral MEESE? Em outras palavras, evitar toda interpretação que contrarie o

texto? Difícil, sem dúvida! A dificuldade está em que o texto é silencioso acerca de muitos problemas modernos — inclusive a respeito de numerosos casos que o Sr. MEESE pensa que foram erroneamente decididos, mas em verdade simplesmente não teriam sido decididos de modo algum segundo sua fórmula e talvez fosse esta sua intenção. Quando a Constituição, por exemplo, fala a respeito da liberdade em relação a busca e apreensões descabidas, pretende ela efetivamente concretizar esta liberdade? Ou apenas fazer com que a Corte declare o direito, mas sem exigir que aqueles a quem privou desse direito se abstenham de qualquer utilização oficial da prova ilegalmente colhida?

\* \* \*

O Juiz WILLIAM BRENNAN é talvez o mais conhecido defensor da prática contemporânea da Corte: “Nós, juízes contemporâneos, lemos a Constituição da única maneira que podemos — como americanos do século vinte. Olhamos para a história da época de sua elaboração e para a história interveniente da respectiva interpretação. A questão capital reside em saber o que as palavras do texto significam em nosso tempo. O gênio da Constituição não se acha no significado estático que ela pode ter tido num mundo morto e passado, mas na adaptabilidade de seus grandes princípios para fazerem face a problemas correntes e necessidades atuais.”

O Juiz PAUL STEVENS faz duas ou três observações que correspondem diretamente à jurisprudência da intenção originária. Primeiro, MEESE parece magnetizado pelos anos setecentos! Concernente à aplicação da Declaração de Direitos (“Bill of Rights”) aos Estados, ele subestima nossa segunda revolução — a Guerra Civil, e sua concretização nas emendas de 1965 e 1968, a saber, a Décima Terceira e a Décima Quarta Emendas. Segundo, MEESE deixou de mencionar, ao vituperar recente decisão da Suprema Corte sobre religião, que nenhum tribunal nos últimos sessenta anos questionou a incorporação da Décima Quarta Emenda às proibições da Primeira Emenda, fazendo-as assim diretamente aplicáveis aos Estados.

A leitura da Constituição, diz-nos o Juiz BRENNAN, deve refletir “as sentidas necessidades” de nossa era. Há uma considerável e tremenda quantidade de conferências e reflexões abstratas circulando acerca da celebração do aniversário de nossa Constituição. Consintam-me interromper por um momento a minha própria ordem de considerações para compartilhar também dessa espécie de sonho pessoal que lhe pode acrescentar algo a respeito do sentimento de alguém e como as decisões constitucionais tiveram acentuado impacto em suas atitudes com referência à natureza de nossa Constituição.

\* \* \*

Minha casa, quando eu tinha sua idade, ficava numa pequena cidade da Carolina do Norte. As escolas que eu frequentava eram todas de bran-

cos. A segregação racial, sendo total, abrangia todas as escolas da Carolina do Norte — públicas ou privadas —, elementares, secundárias ou de nível colegial. As igrejas também segregadas. Do mesmo modo, cinemas e restaurantes. Até mesmo o tribunal tinha dois bebedouros distintos — um para “brancos” outro para “negros”, com as respectivas indicações. Os únicos negros que eu pessoalmente conhecia eram adultos e, em geral, zeladores ou “mensageiros de recados” da casa de negócios de meu pai ou empregadas que trabalhavam em casa de minha mãe. Aliás, o pequeno engraxate da barbearia era sempre um preto.

Olhando retrospectivamente para aquele mundo — trinta anos depois —, parece-me tão estranho e tão incrível para mim agora como deve ser também para vocês. No entanto, o que há de mais assinalável é quão normal e admissível parecia a todos aquele estranho modo de vida. Nenhum adulto, nenhum professor na escola ou na igreja, ao que posso lembrar-me, jamais discutiu a segregação nem sugeriu outra forma alternativa desejável ou possível para aquele sistema de vida.

No colégio, em Chapel Hill, conheci um elevado número de jovens negros de minha idade, mas nenhum colega do mesmo colégio, senão estudantes de outros colégios negros. Estranhamente havia associações estudantis de âmbito estadual que se reuniam periodicamente; nunca porém no “campus”. Encontros inter-raciais eram proibidos por lei estadual nos “campus” da Universidade do Estado. Congregávamo-nos numa ala escolar da igreja local, afastada do “campus”. Mas lá no colégio, pela primeira vez em meus dezoito anos de existência, se discutiu com seriedade as leis de Jim Crow. Com efeito, estudantes e professores debatiam abertamente e desafiavam de modo verbal o sistema, mas em 1950 tudo não passava disso.

Em maio de 1954, precisamente alguns dias antes de minha formatura, ou seja, alguns dias antes que a Suprema Corte suspendesse até ao verão suas sessões, tomou-se a histórica decisão do caso “Brown v. The Board of Education”. A Suprema Corte havia ordenado o fim da segregação nas escolas públicas “com toda a velocidade deliberada”. Isso se me afigurava de todo natural e ao meu ver já se fazia desde muito necessário. Somente mais tarde me foi possível compreender por que esse passo representava para os advogados uma decisão tão controversa. Eu sabia que as pessoas na minha terra natal se mostravam amarguradas e ressentidas com o caso, mas nunca compreendi efetivamente o motivo que as fazia ficar tão furiosas.

Em verdade, pouca coisa na vida mudou naquela cidade — em especial até uma década adiante —, a despeito de “toda a pressa deliberada”. E antes que aquelas mudanças se fizessem eficazes, tanto nas escolas pú-

blicas como em outros locais públicos, havia muita insatisfação ainda a se fazer sentir por todo o Sul. O quadro era este: reuniões, a oratória vibrante do King no Capitólio Nacional em 1964 e talvez com mais força a Lei dos Direitos Civis do Congresso, após o assassinio do Presidente John Kennedy.

\* \* \*

Agora, a principal constatação que quero fazer acerca do aresto "Brown v. The Board of Education" é a seguinte: a Nação tinha 178 anos de idade quando esse caso foi decidido. Celebrava-se o centésimo sexagésimo sétimo ano da República. A liberdade do negro não fora uma das promessas ou garantias da Constituição de 1787 ou da Constituição de 1789, aquela que trouxe o acréscimo da Declaração de Direitos de dez itens. Não, a Constituição originariamente estabelecida simplesmente ignorou a grave contradição social de raça na América.

Ainda após a Guerra Civil e o aditamento da 13.<sup>a</sup> e da 14.<sup>a</sup> Emendas, em 1865 e 1868, outros oitenta e seis anos transcorreriam até que principiasse o processo de desmantelamento ou ab-rogação das leis Jim Crow, ou seja, da extensa cadeia de segregação racial. Certamente não terminou com a decisão sobre o caso "Brown" em 1954; nesse ínterim houve o pleito "Plessy v. Ferguson" (1896), cuja sentença dispunha que, se o Estado provesse "facilidades separadas mas iguais" para ambas as raças, a igual proteção afiançada pela cláusula da 14.<sup>a</sup> Emenda estaria sendo respeitada. Se a Suprema Corte em 1954 estivesse seriamente tentando seguir uma jurisprudência de pretensão original, não teria chegado à decisão de que a "separação" era inerentemente desigual.

Minha segunda ponderação a propósito da decisão Brown é a que segue. A Corte veio lidar com um problema social profundamente perturbador, um problema que os ramos políticos do governo, a saber, o Congresso e o Presidente, ou o ignoraram ou se mostraram impotentes para abordá-lo. Poder-se-ia imaginar os Estados Unidos da América ou uma parte deste país no mundo dos anos 80 vivendo uma "existência separada mas igual"?! A Corte bem pode ter salvo a nossa sociedade de um tormento pior ao educar-nos (durante os anos 50 e 60) para um fardo moral imposto por nossa tradicional indiferença, como Nação, para a contradição de uma sociedade racialmente segregada, mas por outro lado aberta.

\* \* \*

Eu me volto agora para uma distinta esfera de minhas preocupações, esfera que não está longe do problema do racismo e da intolerância da justiça e do mínimo de dignidade para as pessoas acusadas de crime. Não

sei quantos de vocês já leram *Matando um Pássaro (To Kill a Mockingbird)* ou pelo menos viram o filme baseado nessa novela. É a história de um homem negro numa pequena cidade do Sul acusado falsamente de haver estuprado uma mulher branca, uma mistura de circunstâncias que abalam os nervos e mostram um lugar e uma época (por volta dos anos 30 e 40) não muito diferentes daqueles da minha juventude.

Atticus Finch é o advogado que desafia a inimizade de seus vizinhos para defender este homem. Não é ele todavia bem sucedido na Justiça, mas deixa um poderoso e eloquente exemplo do papel ideal do advogado, paladino de um constituinte impopular que não lhe pode pagar honorários. Desgraçadamente, em muitos casos minha profissão não tem sido das mais inclinadas a prestar socorro onde o socorro é mais desesperadamente necessário. Em nosso sistema de governo, de poderes divididos e responsabilidades também divididas, a legislação básica penal e processual é da responsabilidade de cada Estado e não do Governo Federal. A provisão de advogado e sua regulamentação é da mesma forma privilégio e responsabilidade dos Estados. Com efeito, não estou a ignorar que, enquanto o sistema de legislação criminal básica, herdada da Inglaterra, pertence aos Estados, o Governo dos Estados Unidos apesar disso possui também um sistema de justiça criminal. Principiou pequeno, ocupando-se de delitos tais como falsificação e extorsão, mas de último inclui uma grande variedade de crimes e é quase tão extenso quanto o sistema do "common law" nos diversos Estados.

Será possível conceber-se alguém se defrontar com uma acusação criminal, seja de que espécie for, sem contar com alguma forma de defesa ou com um advogado experimentado? Faz-se mister lembrar a Sexta Emenda, cuja garantia estatui que "o acusado desfrutará o direito de ter a assistência de um advogado para a sua defesa". Constitui isto parte da Declaração de Direitos ("Bill of Rights") e como tal busca estabelecer uma salvaguarda contra o abuso de poder da parte do Governo central dos Estados Unidos. Cada Estado, ou a maior parte deles, tem suas próprias Declarações de Direitos, como garantias comparáveis, mas não idênticas. Estas salvaguardas explícitas lá constavam como lembretes recentes dos abusos de que as Colônias haviam padecido durante a dominação britânica. Aquilo que nós denominamos "o direito à defesa" significava para aquela gente do século XVIII, valendo-se da realidade da Inglaterra, que o Governo não poderia julgar alguém sem que um advogado estivesse presente, ou seja, por assim dizer, ninguém poderia ser julgado em segredo. Não significava, portanto, que, se alguém fosse pobre e não pudesse se defender, um advogado lhe seria dado gratuitamente.

\* \* \*

No sistema de tribunais federais, durante os anos 50, teve andamento uma política mediante a qual o juiz designaria um defensor para pessoa muito pobre que não pudesse pagar um advogado. Era esta a situação quando um homem branco, chamado Clarence Gideon, foi preso na Flórida como criminoso comum por haver arrombado um bar. Condenado, indagou à Suprema Corte se a sua condenação não fora irregular, uma vez que, sendo muito pobre, não pudera defender-se. A Constituição, ao que soubera, assegurava o direito de defesa e, contudo, este lhe havia sido negado.

A Suprema Corte poderia ter respondido dizendo ao Sr. Gideon que a Sexta Emenda tinha por mero objetivo assegurar a presença da defesa no sistema federal, e que a Constituição não fizera nenhuma provisão em favor dele nas Cortes estaduais. Poderia ter respondido assim, mas não o fez. De preferência, a Corte em 1963, cento e setenta e quatro anos após a adoção do "Bill of Rights" e noventa e cinco anos após a Décima Quarta Emenda, decidiu que, onde quer que uma pessoa enfrente um período substancial de prisão e em virtude da complexidade inerente a tais julgamentos, sob "o conceito de liberdade ordenada" encaixada na garantia da Décima Quarta Emenda do devido processo contra os Estados, ao réu seria designado um advogado. O que a Corte fez no caso de Gideon e o que ela tem feito várias vezes desde 1963 é assegurar um padrão mais uniforme de justiça criminal em todo o país — um padrão mais alto do que aquele que alguns Estados ministrariam por si mesmos.

Foi de WINSTON CHURCHILL — eu creio — a observação segundo a qual não há modo mais direto de aferir a maturidade de uma civilização do que mediante o sistema de proteção concedido àqueles que são acusados de crime. A Suprema Corte tem seguramente nos conduzido a um sistema mais amadurecido e mais completo de justiça. Poderia ter logrado isso unicamente contemplando o largo espírito que anima os ideais da Constituição, confrontado com as contradições e as tragédias de uma sociedade americana moderna, as quais são de âmbito nacional e não se deixam conter pelas fronteiras históricas dos Estados individualmente.

Dois outros exemplos devem ser mencionados, porquanto mostram como a Suprema Corte tem atuado para tornar mais uniformes modelos de justiça criminal que doutra maneira seriam muito diferentes, a saber, de uma parte, o sistema federal, doutra parte, os sistemas estaduais. O primeiro desses casos foi "Mapp v. Ohio", de 1961, em que a Suprema Corte empregou uma regra excludente para apoiar a garantia da liberdade da Quarta Emenda contra busca e apreensão arbitrárias; e o outro, o caso "Miranda v. Arizona", de 1966, em que a Corte considerou a interrogação do custodiado como inerentemente coerciva e, portanto, foi levada a abandonar o chamado teste de voluntariedade nos procedimentos das Cortes

estaduais nos quais se buscava a confissão do réu para ser apresentada como prova. Nesses dois importantes exemplos a Suprema Corte se revelou muito pragmática. Os Estados poderiam ter feito mais para trazer seus padrões de justiça criminal à altura daquilo que estava emergindo como um método mais vastamente aceito e certamente mais humano e defensável em favor dos direitos daqueles envolvidos no sistema de justiça criminal.

\* \* \*

É isto o que o processo de interpretação, construção, argumentação e elaboração da Constituição significa e nos ensina: primeiro, que possuímos um conjunto de instituições para descobrir, dentro de nossas compartilhadas tradições políticas e sociais, os meios práticos de fazer escolhas públicas difíceis, especialmente em épocas em que os ramos políticos do governo se acham completamente paralisados ou doutro modo inoperantes. Em segundo lugar, o processo implica na abertura de uma via para o futuro que nós poderemos seguir, com a certeza pelo menos de solver legitimamente problemas e questões que não podemos agora antecipar.

A Suprema Corte é indubitavelmente o eixo desta máquina de governo artificial e um tanto rude, a qual é produto, não somente de um feixe de compromissos do século XVIII (acrescidos daqueles do século XIX), senão também de milhares de pequenos ajustamentos e emendas levadas a cabo no decurso de duzentos anos, muitas das quais se verificaram já no corrente século.

Aquilo de que a Corte sempre necessita e que pela maior parte do tempo não lhe faltou é autoridade entre outras lideranças no país e entre o povo em geral. Esta autoridade não deriva tanto de uma rígida aderência ao texto ou à intenção contemporânea do constituinte, mas, primeiro, de seu próprio senso de oportunidade, a seguir, de seu equilíbrio ou proporção em eleger os remédios apropriados e, ultimamente, de sua capacidade persuasória, em razão da qualidade de seus arestos. Aqui, sem dúvida, a Suprema Corte serve de catalisador, como de cadinho para nossa educação cívica, ao mesmo passo que fomenta uma compreensão mais completa de nosso destino comum nesta sociedade pluralista.

Em o número 78 do *Federalista*, HAMILTON, ao responder à campanha anti-ratificadora no Estado de Nova York e particularmente ao ataque desferido contra o poder judiciário na forma nova de governo que havia sido proposta, replicou: "A Suprema Corte não tem influxo sobre a espada nem sobre a bolsa; antes é destituída de força e de vontade, e possui unicamente a faculdade de julgar."