

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

HISTÓRIA, PODER E LIBERDADE

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

ROBISON TRAMONTINA

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H673

História, poder e liberdade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/
Dom Helder Câmara;

coordenadores: Celso Hiroshi Icochama, Robison Tramontina, Marcelo Andrade Cattoni de
Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-128-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História. I. Congresso
Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte,
MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

HISTÓRIA, PODER E LIBERDADE

Apresentação

O grupo de trabalho História, Poder e Liberdade foi criado para o XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, tomando por base a linha de pesquisa de mesma denominação, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, um dos Programas que o sediaram.

Essa linha tem a seguinte ementa: "A linha articula as interfaces entre os saberes jurídicos e humanísticos, reposicionando os debates acerca dos fundamentos históricos e políticos do Direito e de seus desdobramentos, à luz de novos marcos fortemente interdisciplinares. Propõe resgatar a História como espaço de reflexão sobre a pessoa humana, o Direito e o Estado, assim como sobre a transformação dos territórios, ao tempo em que busca recuperar a tensão constitutiva entre pessoalidade e cidadania, história e razão, reconhecimento e trabalho, identidade e coletividade, tradição e crítica."

Foram apresentados 13 (treze) trabalhos, em que seus autores procuraram desenvolver temas diversos relacionados a essa linha e área de pesquisa, seguidos de debates.

A POLÍTICA E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

THE POLITICS AND THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

Wagner Silveira Feloniuk

Resumo

A Suprema Corte dos Estados Unidos é analisada na busca de influências políticas. São apontados os influxos dela sobre sociedade americana por meio de suas atuações e magistrados. Desde o seu surgimento em 1789, as decisões da corte marcaram decisivamente a divisão de poderes, os direitos civis e diversos outros temas fundamentais da federação americana. O papel de interpretadora da Constituição colocou a corte em um patamar de grande importância na resolução de controvérsias. E, exercendo esse papel, a corte esteve em constante contato com ideologias e interesses políticos que a influenciaram. Essas influências se tornam mais visíveis durante os períodos de nomeações e aposentadorias, mas ainda são detectadas por pesquisas que analisam os justices por seus perfis na imprensa, casos julgados ou relações entre casos e posições de presidentes e de senados que escolheram os integrantes na corte. Os dados apontam para uma corte que atua politicamente e é fortemente influenciada por agentes políticos dos outros poderes, como impõe o sistema institucional dos Estados Unidos, e que tem avançado na direção de permitir que a sociedade seja relevante no seu funcionamento, garantindo que cidadãos participem na composição da corte e suas decisões.

Palavras-chave: Suprema corte dos estados unidos, Direito constitucional norte-americano, Tribunal constitucional, Partidos políticos, Política

Abstract/Resumen/Résumé

The Supreme Court of the United States is analyzed in the search of political influence. Influences by it are pointed in American society through its actions and judges. Since its foundation in 1789, court decisions decisively marked the division of powers, civil rights and many other fundamental topics in the American Federation. The role of the interpreting the Constitution has put the court in position of great relevance in the resolution of disputes. And, for the exercise of this role, the court has been in constant contact with ideologies and political interests that have had influences over it. These influences become more visible during periods of appointments and retirements, but are still detected by researches that analyze the justices with their profiles in the press, decided cases or relationships between cases and positions of presidents and senates that have chosen the members of the court. The data show a court that acts politically and is heavily influenced by political agents of other branches, as required by the institutional system of the United States, and which has advanced in the direction of allowing the society to be relevant to its behavior, ensuring that citizens participate in the composition of the court and its decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Supreme court of the united states, North american constitutional law, Constitutional court, Political parties, Politics

Introdução

A atuação de uma corte que possui a tarefa de interpretar a Constituição é necessariamente política. Em um regime democrático, a Constituição é uma manifestação elaborada por representantes que, por meio de normas jurídicas, limita, unifica e estabelece as normas de atuação das pessoas e das instituições que formam o Estado. A interpretação dela pode gerar efeitos profundos sobre a sociedade, eles são especialmente visíveis quando chegam às cortes casos nos quais são decididos os contornos do conceito de vida, liberdades sobre o próprio corpo, discriminação entre pessoas, liberdade de iniciativa e distribuição espacial ou institucional de poderes e atribuições. Ao controlar a constitucionalidade de leis, modificações significativas são geradas sobre as vidas dos integrantes da comunidade.

Ainda que não seja normalmente negado o papel político de uma corte constitucional, há diversas discussões sobre qual deveria ser a influência de outras manifestações políticas sobre essas cortes. O Executivo ou o Legislativo deveriam apontar os membros? A escolha deveria ser apenas meritocrática ou considerar posições políticas? Juízes constitucionais deveriam ter sua nomeação dependente do apoio de partidos políticos? Partidos políticos e ideologias deveriam influenciar na atuação das cortes?

Esse trabalho apresenta o funcionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, um importante exemplo para comparação com outros ordenamentos jurídicos, e responde às perguntas acima a respeito daquela instituição. Isso é feito com a análise de publicações de Ciência Política, História e Direito, principalmente de autores contemporâneos norte-americanos, incluídos destacados pesquisadores da Suprema Corte, como Andrew Martin, Artemus Ward, Kevin Quinn e Lee Epstein. Há também acesso a algumas fontes primárias como leis e textos clássicos que fundamentaram as opções dos elaboradores da Constituição.

Há uma divisão em três partes. A primeira trata da própria corte e de alguns principais casos julgados, eles ajudam a demonstrar a sua importância e permitem apresentar evidências da ligação entre ela e o restante da política norte-americana. A segunda parte trata dos membros da corte, como são escolhidos, como se dá seu exercício e aposentadoria. Por fim, uma terceira parte apresenta conclusões e dados importantes para compreender o grau de ligação da instituição com manifestações políticas de outras instituições estatais e a sociedade.

O objetivo do trabalho é apresentar a politicidade da Suprema Corte e mostrar como, nos Estados Unidos, ela foi alterada lentamente para incluir mais os cidadãos. A sociedade visualiza melhor a importância da corte e, graças a isso, atua intensamente para influenciá-la. Essa influência, feita diretamente pela sociedade e também por seus representantes eleitos, se

viabilizada de maneira adequada, pode permitir que a corte cumpra as suas tarefas constitucionais ao mesmo tempo em que se adequa melhor às necessidades e aos fins buscados pela sociedade. A Suprema Corte é um exemplo importante nesse sentido, não por ser isenta de problemas, mas por ter construções institucionais e enfrentar discussões sociais inéditas no Brasil.

1 Atuação Política

1.1 Implantação da Corte

A Suprema Corte foi prevista na Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, no artigo III, seção 1¹. A sua efetiva criação ocorreu dois anos depois, com o *Judiciary Act* de 1789, em um processo que continuaria se desenvolvendo ao modo do *Common Law*, pois a corte e seu funcionamento dependeram das decisões do Congresso e de seus próprios membros ao longo de sua história, sem um delineamento exaustivo por parte dos constituintes e nem das regras em legislação infraconstitucional.

Nos primeiros anos de atuação, a corte teve poderes bastante mais limitados do que os atuais. Havia pouco espaço institucional para atuação política e ainda pesava sobre sua autonomia o dever de realizar ao menos duas reuniões por ano em cada um dos treze distritos judiciais federais criados no mesmo ato. A maior parte dos estados ainda atuavam com uma autonomia ligada ao período da confederação e, externamente, diversos países procuravam influenciar a política norte-americana. Na primeira década da corte, apenas sessenta casos foram julgados – e 60% desses versaram sobre tratados e questões de segurança envolvendo as forças armadas. Nos seus primeiros anos, a corte atuou em poucos casos e com preocupações ligadas à soberania do país. No entanto, em ao menos cinco julgamentos anteriores ao período de Marshall, houve decisões da corte não aplicando leis, tomando decisões semelhantes a um controle de constitucionalidade, mas nenhuma das leis afastadas fora emanada pelo Congresso e ainda não

¹ *Article III. Section. 1. The judicial Power of the United States shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office* (ESTADOS Unidos da América, 1787). Tradução livre: Artigo III. Seção. 1. O Poder Judiciário dos Estados Unidos deverá ser investido em uma Suprema Corte, e em cortes inferiores que o Congresso poderá eventualmente decidir e estabelecer. Os Juízes, tanto os da Suprema Corte quanto os das cortes inferiores, devem conservar seus Cargos enquanto tiverem boa conduta, e devem, em tempos determinados, receber por seus Serviços uma Compensação, que não deve ser diminuída durante sua Permanência no Cargo.

ficara assentada a competência de defender a Constituição que mais tarde definiria o papel da corte² (CLINTON, 2001, p. 223-225).

Durante esse período, fazem sentido as palavras do atual *Chief Justice*, John Roberts Jr., ao comentar brevemente o papel da corte na Constituição americana:

The Constitution prescribes a central role for the Supreme Court in the United States' system of government. It establishes the Court as an independent judicial body whose judgments are insulated from the influence of popular opinion and the coordinate branches of government. The Court instead is constrained by the principle of fidelity to the law itself. The Constitution requires the Court to adjudicate disputes, regardless of the identity of the parties, according to what the Constitution and duly enacted laws require (ROBERTS JR, 2014, p. 2)³.

A corte, com o tempo, foi alterada com um progressivo aumento de relevância institucional e atuação em assuntos de grande importância social e política. O formato atual foi tomado principalmente a partir de 20 de janeiro de 1800, quando John Jay se recusou a retomar o posto de *Chief Justice*⁴, do qual já havia renunciado antes para ser governador de Nova Iorque⁵. O presidente dos Estados Unidos, John Adams, apontou então John Marshall para ocupar o posto. O magistrado e político atuou durante 34 anos na Suprema Corte e ajudou a moldar a corte no seu atual estado (ESTADOS Unidos da América, 2015b), alcançando grande admiração pessoal por sua atuação (HOBSON, 2001, p. 293-295) e sendo considerado mais importante até que presidentes no desenvolvimento político do país (PACELLE JR, 2002, p. 37). Ao longo dessa atuação e depois dela, o papel político e jurídico da corte se alterou significativamente e suas atribuições institucionais foram definidas (HALL, 2001, p. 46-48) – ela passou a ser a defensora

² A ideia de superação de leis por fundamentos ligados ao Direito Natural e ao *Common Law* antecede a Suprema Corte e já era bem delineado nos Estados Unidos ao longo do século XVIII (NELSON, 2001, p. p. 241). O desenvolvimento doutrinário especificamente ligado à Constituição é que se desenvolveria melhor a partir da Corte, especialmente sob a chefia de Marshall.

³ Tradução livre: “A Constituição prescreve um papel central para a Suprema Corte no sistema de governo dos Estados Unidos. Ela estabelece a corte como um corpo judicial independente cujos julgamentos são isolados da influência da opinião pública e os outros ramos do governo com quem ela se relaciona. A Constituição requer que a corte julgue disputas, independentemente da identidade das partes, de acordo com a Constituição e as leis devidamente estabelecidas requeem”.

⁴ *Justice* é uma denominação comum para os membros da Suprema Corte dos Estados Unidos. Os magistrados da corte podem ocupar dois cargos: *Associate Justices of the Supreme Court of the United States*, um grupo oito membros, ou *Chief Justice of the Supreme Court*, cargo do presidente da corte. Essa denominação não é particular à Suprema Corte norte-americana, diversas cortes federais do país e de outros países de tradição do *Common Law* também designam, com pequenas variações, os seus membros como *Associate Justices* ou *Associate Judges* e *Chief Justices*. Ao longo desse artigo, os magistrados da Suprema Corte serão referidos como *justices* se a referência for genérica aos ocupantes do cargo.

⁵ Diversos políticos de proeminência haviam decidido não ingressar na Suprema Corte ou ficado por um período curto de tempo nela após o ingresso. Especialmente antes do período de Marshall na corte, a posição importava em um afastamento da política mais ativa nos Estados Unidos (HALL, 2001, p. 49).

da Constituição, com capacidades que incluíam retirar de vigência normas emanadas pelo Congresso quando elas violassem a norma fundamental.

1.2 Casos de importância social e política

Ao longo de mais de dois séculos, a Suprema Corte variou bastante em seus posicionamentos, sendo mais liberal ou mais conservadora⁶. Essa variação, no entanto, não diminuiu a constante atuação em assuntos de grande repercussão. Alguns casos exemplificam essas variações e ajudam a demonstrar a relevância da corte no desenvolvimento dos Estados Unidos e em temas políticos do país.

O renomado caso *Marbury v. Madison*, no qual o juiz Marshall escreveu o voto em que julgou inconstitucional uma lei aprovada pelo Congresso para defender a Constituição elevou a Suprema Corte ao papel de interpretadora e defensora da Constituição, capaz de superar atos dos outros poderes, igualando-a em importância institucional aos demais. Com repercussões políticas importantes, Marshall também autorizou o Congresso a criar um banco nacional nos Estados Unidos no caso *McCulloch v. Maryland*, de 1819, iniciando a doutrina de que a Constituição era uma norma de termos amplos e não se poderia esperar que ela contivesse todas as previsões de competência do legislativo. Foi um passo importante no aumento do poder federal nos Estados Unidos⁷ e do desenvolvimento da doutrina dos poderes implícitos, que previa o uso pelo Congresso dessas prerrogativas implicitamente autorizadas pela Constituição.

Por decisões assim, a partir de 1800, a corte passou a ser mais do que uma corte judicial de última instância entre particulares (CLINTON, 2001, p. 222) – ela solidificou a sua atuação como responsável pelo controle de constitucionalidade, o *judicial review*. Essa expansão institucional se manteria uma das características da corte.

⁶ Os conceitos *liberal* e *conservador* podem ser ilustrados brevemente com o artigo *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, que estuda as posições dos *justices* e aborda brevemente os conceitos aos tratar de seus pressupostos metodológicos afirmando que: “*Liberal statements include (but are not limited to) those ascribing support for the rights of defendants in criminal cases, women and racial minorities in equality cases, and the individual against the government in privacy and First Amendment cases. Conservative statements are those with an opposite direction*” (SEGAL; COVER, 1989, p. 559). Tradução livre: “Declarações liberais incluem (mas não estão limitadas) àquelas apoiando direitos aos réus em casos criminais, às mulheres e às minorias raciais em casos de discriminação, e de indivíduos contra o governo em casos de violação de privacidade e envolvendo Primeira Emenda. Declarações conservadoras são aquelas que seguem na direção inversa”.

⁷ Esse não seria o único caso de repercussão duradoura de Marshall sobre o desenvolvimento do sistema federal norte-americano. Em 1824, ele ainda seria o principal elaborador da decisão no caso *Gibbons v. Ogden*, no qual foi dada à União a competência de estabelecer leis de comércio em águas que dividissem Estados, aumentando a competência da norma constitucional que previa a competência inicial de estabelecer leis de comércio interestatal. Essa decisão também teve diversas repercussões, determinando a interpretação da corte em uma série de decisões.

O afastamento de Marshall trouxe ao cargo de *Chief Justice* Roger Taney. A atuação da corte durante sua chefia, entre 1836 e 1864, manteve as prerrogativas estabelecidas por Marshall. A escolha do novo *Chief Justice* foi também um dos primeiros casos em que se aponta a atuação de interesses partidários, o *justice* Gabriel Duvall teria adiado sua saída da corte até o então presidente nomear Taney para o cargo (PERETTI; ROZZI, 2011, p. 136-137). Nessa época teve especial relevância política o segundo caso em que houve a declaração de inconstitucionalidade de um ato do Congresso, o caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857. A separação de mais de quatro décadas entre dois casos de inconstitucionalidade de atos do congresso federal mostra que a corte via com grande gravidade essa declaração. Nessa segunda oportunidade, a corte decidiu por 7 votos a 2 que um negro, escravo ou livre, não poderia ser cidadão e, portanto, não teria o direito de ação perante uma corte federal. O caso envolvia um escravo chamado Dred Scott que fora levado para uma região na qual fora proibida a escravidão por uma lei federal em 1820. A corte declarou inconstitucional a lei que proibia a escravidão. O caso, de amplas repercussões políticas, foi importante fator no acirramento das disputas que levariam à Guerra Civil e é majoritariamente considerado a pior decisão já tomada pela Suprema Corte (SCHWARTZ, 1997, p. 70) (FINKELMAN, 2007) (HALL, 2005, p. 213). O caso reafirmava a impactante força política da corte, não apenas no que tangia diretamente ao texto da Constituição, mas na discussão dos principais assuntos sociais e políticos dos Estados Unidos.

Uma primeira virada para o lado conservador, com contornos partidários bastante definidos, se deu após a Guerra Civil (1861 a 1865). Pesquisas apontam que daquele momento ao início do século XX, a corte passou a atuar em favor da restrição do Estado em assuntos econômicos e na promoção da livre iniciativa, atuando constantemente em assuntos que até então haviam sido regradados apenas por representantes eleitos (GILLMAN, 1993, p. 22). Emblemático desse período foi o caso *Lochner v. New York*, de 1905, no qual a regulação por meio de lei do número máximo de horas de trabalho de um padeiro (em 10 horas diárias, e 60 semanais) foi considerada desnecessária e não razoável por violar a liberdade de contratar.

Ao longo do século XX, diversos casos relevantes foram julgados. Depois da época da regulação econômica no início do século, a corte passaria por outras fases. Durante a década de 1960 iniciaram os julgamentos ligados a contracepção, aborto, eutanásia e outros assuntos que dividiram a sociedade – foi auge liberal da corte. Julgamentos desse tipo continuaram, ao longo dos anos 1990 eles incluíram casos importantes de assuntos relacionados à saúde, financiamento da educação, imigração, mas com uma tendência menos liberal que no meio do século (STONE, 2012, p. 493-494).

Atualmente corte recebe cerca de dez mil ações por ano, além de mil e duzentas petições de outras naturezas que podem ser julgadas por apenas um dos justices (ESTADOS Unidos da América, 2015a, p. 2), aceitando julgar menos de 10% delas. A atuação em cada área dependeu, na visão de Baird, das percepções que os litigantes tinham do resultado que teriam na corte, a opinião dos *justices* sobre esses temas, acontecimentos sociais ou decisões do legislativo e do executivo (BAIRD, 2007, p. 2-7). No entanto, demonstrando como a corte pode variar entre seu perfil conservador e liberal, há o recente caso *Obergefell v. Hodges*, que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo e obrigou o reconhecimento dessa possibilidade em todas as jurisdições norte-americanas, tornando inconstitucional as leis contrárias em diversos estados. A posição liberal da corte nessa decisão de 2015, foi tomada em um período no qual estudos apontam para uma das composições mais conservadoras da corte em sua história (SILVER, 2012) (STONE, 2012, p. 497).

Bailey (2012, p. 3, tradução livre) apresenta o seguinte gráfico mostrando um estudo de casos que avaliou a variação de tendências da corte ao longo das últimas décadas:

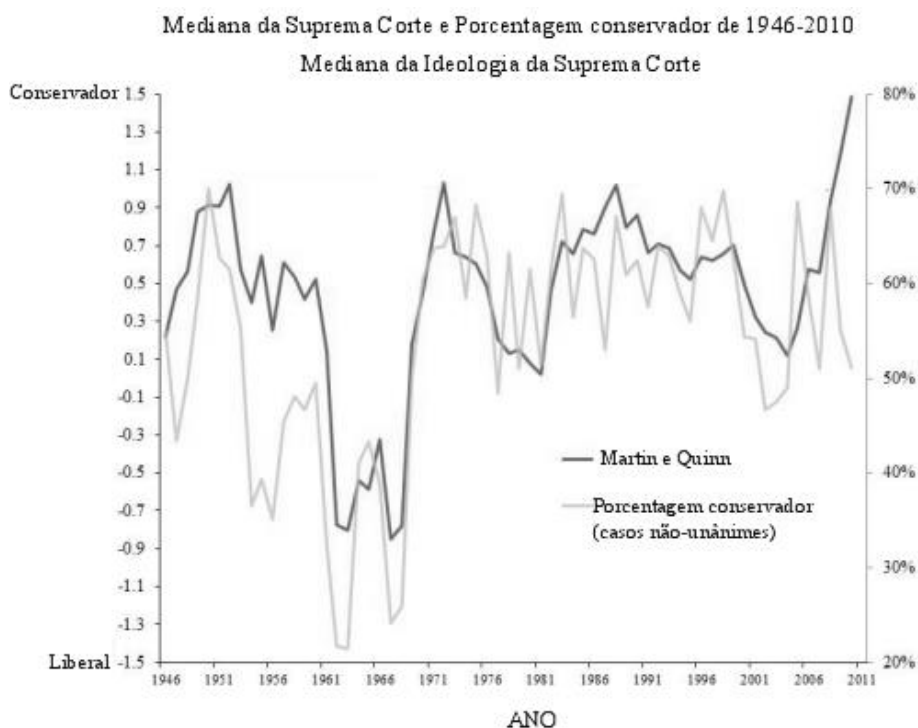


IMAGEM 1 : Estimativas Martin e Quinn da Mediana da Suprema Corte ao longo do Tempo

A Suprema Corte decide constantemente casos de grande repercussão política e social, superando seus próprios precedentes e criando novas interpretações. Essa atuação, geradora de interesse por parte dos partidos políticos retrocede quase ao estabelecimento da corte, precedendo

bastante a defesa da Constituição por tribunais constitucionais que iria se desenvolver a partir de 1920 na Europa (ENTERRÍA, 2006, p. 40-42). O Tribunal Constitucional de origem kelseniana iria se desenvolver principalmente após a segunda-guerra, com um controle de constitucionalidade abstrato, bastante diferente do controle da corte americana. A Suprema Corte participa de decisões com repercussões políticas desde o seu surgimento.

1.3 Análises sobre o Papel Político da Corte

Pesquisadores traçaram momentos em que as composições assumiram posturas mais progressistas (liberais) ou mais conservadoras, e essas foram associadas com os perfis dos *justices*, dos presidentes e dos congressos envolvidos nas suas nomeações. Associando assim as decisões dos magistrados a manifestações políticas mais amplas, definidoras das posições da sociedade e composições do Legislativo e Executivo.

Estudos demonstram que há a tendência de os *justices* estarem mais alinhados a ideias conservadoras ou progressistas, de esse alinhamento ser previsível, mas não completamente estável. A análise de matérias da imprensa que trataram de perfis de *justices* antes de sua confirmação pelo Congresso ao cargo conseguiu apurar com grande fidelidade o posicionamento dos magistrados (EPSTEIN; MARTIN; QUINN, 2007, p. 8). Os autores pioneiros desse método, Segal e Cover (1989, p. 561), mostram que conseguiram prever, em julgamentos de casos que envolviam as liberdades civis, com uma margem de erro de apenas 5%, o futuro comportamento dos juízes Brennan, Marshall, Burger, Powell, Goldberg e Kennedy; e os *justices* Whitaker, White, Fortas e Rehnquist tiveram seu comportamento previsto com 10% de margem de erro. Os principais desvios foram com o *justice* Harlan, que foi 27,3% mais conservador do que o esperado pelas análises de jornal e *justice* Goldberg, que foi 26,4% mais liberal. O método de estudo dos magistrados a partir da imprensa, pelo seu sucesso nas previsões e por partir de uma base de ampla disponibilidade, tem grande repercussão. No entanto, as tendências são reforçadas por diversos outros meios de pesquisa.

Utilizando o principal método de análise das cortes⁸ (BAILEY, 2012, p. 34), Quinn, Martin, Epstein e Segal (2007, p. 1-7), chegam à conclusão de que os *justices* têm

⁸ Há diversos outros materiais com pesquisas sobre a posição das cortes. Bailey (2012, p. 44) aponta o método criado por Martin e Quinn como o mais utilizado atualmente nas medições de posicionamentos dos magistrados e da própria Suprema Corte. É um método de análise dos *justices* em diversos tópicos que busca averiguar a chance de futuros posicionamentos individuais e das cortes de acordo com a sua atuação anterior em diversos assuntos. Sua apresentação pode ser encontrada em *Assessing Preference Change on the US Supreme Court* de Andrew D. Martin e Kevin M. Quinn, professores respectivamente da Washington University School of Law e Harvard University.

posicionamentos políticos bem delimitados e apresenta dados que os ligam aos partidos políticos dos presidentes que os indicaram.

Eles concluem que virtualmente todos os *justices* desde 1937 tinham tendências mais liberais ou conservadoras relacionadas aos partidos dos presidentes que os indicaram. A novidade foi observar que essas tendências variavam durante os exercícios de seus cargos – contrariando expectativas sociais e dados científicos de que os magistrados possuísem atuações estáveis. Praticamente todos os magistrados da Suprema Corte apresentaram variações de posicionamento estatisticamente significativas ao longo da carreira⁹. Os políticos que apontam os magistrados e o público em geral criam expectativas sobre suas atuações e elas estão relativamente corretas especialmente no início do exercício dos cargos, mas mudanças, com predomínio de guinada para uma visão mais liberal, costumam ocorrer (MARTIN; QUINN, 2007, p. 383).

Um exemplo de especial importância, inclusive por sua influência na corte, é o do *justice* Rehnquist. Ao ser apontado em meados de 1970, ele era considerado o mais conservador de todos os juízes e sua atuação foi inicialmente condizente com essa expectativa. No entanto, ao ser nomeado *Chief Justice* em 1986, e até sua morte em 2004, ele passou por uma constante tendência de se tornar mais liberal, abrindo espaço para que Scalia assumisse a posição de principal magistrado conservador (EPSTEIN; MARTIN; QUINN; SEGAL, 2007, p. 45). Também é relevante o testemunho do *justice* Blackmun, que afirmou “*I don’t believe I’m any more liberal, as such, now than I was before*”¹⁰ – mas, em 1972, ele fora contrário a declarar a inconstitucionalidade de uma lei que previa a pena de morte e, em 1994, ele declarou que daquele dia em diante, não iria mais trabalhar com os maquinários da morte ao apoiar a inconstitucionalidade da pena.

Além da previsibilidade apenas relativa, outra descoberta importante foi uma ligação entre o posicionamento de alguns magistrados da Suprema Corte e o presidente eleito nos Estados Unidos quando este era do partido oposto ao que apontara o *justice*. Ela ocorreu no mandato de Jimmy Carter, o único presidente do Partido Democrata durante todo o período em que o *Chief Justice* Burger esteve à frente da corte. O mandato de Carter foi o período em que Burger decidiu com perfil mais liberal em sua carreira. O mesmo ocorreu com os *justices* Black e White, ambos

⁹ A conclusão dos autores se deu a partir de um estudo de dezesseis *justices* que estiveram no cargo durante mais de dez termos entre os anos de 1937. Eles concluíram que sete juízes permaneceram com suas posições ao longo de sua carreira, apesar de variações estatisticamente significativas em alguns momentos. Os outros onze juízes variaram de maneiras lineares ou não-lineares em suas tendências. Alguns se tornaram mais liberais e conservadores ao longo tempo, ou modificam essas tendências mais de uma vez. Os juízes que permaneceram em suas posições durante seus mandatos foram: Brennan, Burger, Burton, Harlan, Jackson, Marshall, and Stewart (EPSTEIN; MARTIN; QUINN; SEGAL, 2007, p. 9).

¹⁰ Tradução livre: “Eu não acredito que eu sou algo mais liberal, como tal agora, do que eu era antes” (EPSTEIN; MARTIN; QUINN; SEGAL, 2007, p. 2).

tiveram um comportamento mais conservador durante o governo de Nixon, e White também durante o de Reagan (EPSTEIN; MARTIN; QUINN; SEGAL, 2007, p. 30).

Três meios especialmente importantes de analisar a Suprema Corte americana são a análise dos votos, da opinião da imprensa e da associação política dos magistrados – todas com alguns dos principais resultados apresentados acima. Além dessas três abordagens, que podem ser feitas de diversas maneiras, há uma grande quantidade de outros estudos sobre a corte. Pinello, em análise envolvendo ampla literatura especializada, narra que foram encontradas muitas evidências empíricas ligando a ideologia de um juiz e o partido político do presidente que o indicou (PINELLO, 1999, p. 22). Ele estabelece uma ligação bem documentada entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e a política norte-americana, e mais do que isso, com os dois principais pensamentos políticos do país representados pelos dois grandes partidos.

O magistrado da Suprema Corte não tem uma vinculação formal com partidos políticos, mas a corte atuou quase desde seu surgimento em casos políticos de grande relevância. Estudos feitos ao longo do século XX e XXI apontam majoritariamente no sentido de que a política, inclusive a partidária, influi com relevância sobre a atuação dos juízes. No entanto, características institucionais da Suprema Corte também tem um papel na atuação dos *justices* e ajudam a compor o quadro de ligação com a política e a participação da sociedade. A análise dos casos ajuda a apontar a politicidade, mas é com os arranjos institucionais que a participação de indivíduos externos à corte fica mais visível. Por meio da escolha, confirmação e aposentadoria se pode notar também a participação dos cidadãos e seus grupos organizados na corte.

2 Justices

2.1 Escolha e Confirmação

A escolha de um *justice* é um evento incomum e de grande importância na política americana (RUTKUS, 2005, p. 1). Conforme o Artigo II, da Seção 2, da Constituição dos Estados Unidos, a escolha dos *justices* ocorre pela decisão do Presidente “com o Conselho e o Consentimento do Senado”¹¹. A Constituição não elaborou regras sobre os papéis do presidente e do Senado nessa escolha (DAVIS, 2005, p. 65) – as instituições determinaram suas próprias regras e tradições, que se tornaram mais complexas, públicas e politizadas. A atual *justice* Ruth Ginsburg escreveu que: “*Judicial confirmation is the extraordinary moment in which the three*

¹¹ Tradução livre de: “[...] and by and with the Advice and Consent of the Senate [...]” (ESTADOS Unidos da América, 1787).

branches of government intersect”¹² (GINSBURG, 1988, p. 112) – ao longo do tempo esse cruzamento ficou mais intenso, o processo passou a envolver significativamente o governo e influenciar com mais intensidade as relações dos três poderes.

Além de ser um momento de ligação entre os poderes o processo incluiu novos participantes ao longo do século XX. Representantes de grupos da sociedade passaram a dar depoimentos antes da decisão do Senado desde 1930 e, atualmente, dezenas deles participam em cada escolha. Eles representam interesses ligados aos liberais, como o *Alliance for Justice*, o *National Abortion Rights Action League* e a *National Organization for Women* – e aos conservadores, como a *Family Research Council* e a *Concerned Women for America*. Cidadãos individualmente participam com *e-mails*, telefonemas, reuniões com senadores, eventualmente gerando resultados relevantes ao resultado do processo. A mídia participa com intensidade variada, dando mais atenção às indicações mais controversas, mas há décadas publica entrevistas, perfis pessoais, histórias sobre o passado dos candidatos, colunas de especialistas e de grupos interessados no processo de nomeação (DAVIS, 2005, p. 28-29).

Os números relacionados à escolha apresentam um cenário de poucas indicações, decorrentes da vitaliciedade no cargo, e aparente estabilidade. A expansão para o atual formato, de nove membros, se deu com o *Judiciary Act* de 1869, a sexta e última alteração do número de membros da corte. 80% dos indicados pelo presidente são aceitos pelo Senado, e a maioria das rejeições ocorreram no século XIX. Entre 1901 e 1967, apenas um candidato foi rejeitado, John J. Parker.

Apesar da relativa calma, o processo passou por períodos específicos de dificuldades. Apenas entre 1968 e 1987, três nomes foram rejeitados pelo Senado, Clement Haynsworth, G. Harrold Carswell, e Robert Bork, e outros dois sofreram retratação pelo presidente, Abe Fortas e Douglas Ginsburg (DAVIS, 2005, p. 19-20). O mais recente membro da corte, a ex-diretora de Harvard, Elena Kagan, se tornou em 2010 a 112ª pessoa a ocupar o cargo. Ela foi a segunda indicação de Barack Obama, colocando-o na média dos demais presidentes, que apontaram entre seis candidatos em um único mandato (William Howard Taft) ou, no caso isolado de Jimmy Carter, nenhum.

Os números apontam a pouca frequência de nomeações e a alta chance de aprovação, mas não permitem conclusões relevantes. Alguns exemplos, ainda que não demonstrem a existência sistemática de envolvimento político, mostram como alguns casos se dirigiram nesse sentido. Em 1874, Caleb Cushing foi indicado como *Chief Justice* e teve seu nome retratado por inspirar

¹² Tradução livre: “A confirmação judicial é o momento extraordinário em que os três ramos do governo se cruzam”.

pouca confiança política. O candidato fora prefeito, parlamentar estadual, parlamentar federal eleito em quatro eleições, embaixador, magistrado na Suprema Corte de Massachusetts e não teve aspectos de sua vida pessoal questionados. No entanto, ainda na época em que a maior parte das indicações ocorriam rapidamente e com pouco envolvimento social, ele não foi considerado aceitável porque ele “ [...] *had been, in turn, a regular Whig, a Tyler Whig, a Democrat, a [n Andrew] Johnson Constitutional Conservative, and finally a Republican*”¹³ (ABRAHAM, 1999). O processo tomou aspectos ainda mais partidários em alguns momentos, como quando um presidente republicano apontou Clarence Thomas e 54 dos 58 votos contrários ao seu nome vieram de democratas, ou na escolha do presidente democrata por Sepsen Breyer, em que todos os 9 votos contrários foram de republicanos. Em outros momentos, no entanto, ela foi ideológica, mas superou as diferenças partidárias – democratas e republicanos se uniram para impedir a nomeação de Abe Fortas como *Chief Justice* em 1968. Mais tarde, o republicano Reagan foi confrontado pelo seu próprio partido no Senado, criando repercussões sobre seu mandato, quando tentou nomear o igualmente conservador Robert H. Bork em circunstâncias adversas (EPSTEIN; SEGAL, 2005, p. 1-3).

Estatisticamente, a tendência de associação entre partidos e as nomeações, apontados em alguns casos, são verificáveis quantitativamente. A possibilidade de um senador liberal votar em um candidato considerado muito conservador, se ele não for extremamente bem qualificado, é inferior a 10%. Da mesma forma, a chance de um senador conservador votar em um candidato de mesmo perfil é de quase 90%. Autores afirmam que ética e reconhecida capacidade são fatores importantes para um candidato ser considerado pelo presidente e depois ser aceito – mas isso não altera a importância dos posicionamentos políticos daqueles que chegam a ser indicados e passam pelo Senado (EPSTEIN; LINDSTÄDT; SEGAL; WESTERLAND, 2006, p. 298-301). Essa tendência ao voto ideológico e eventualmente ligado ao partido político do presidente que apontou o candidato já foi até expressamente declarada por membros do Senado em algumas oportunidades (DAVIS, 2005, p. 32). O presidente e o Senado sabem que as indicações causam alterações duradouras em alguns dos temas de maior importância no cenário político e no partidário – e não apenas isso, os cargos são ocupados por várias décadas e nunca houve um *impeachment* bem-sucedido contra um membro da Suprema Corte. As nomeações trazem efeitos mais longos que os mandatos dos responsáveis pela escolha (EPSTEIN; MARTIN; QUINN; SEGAL, 2007, p. 13-14).

¹³ Tradição livre: “tinha sido, por sua vez, um Whig regular, um Tyler Whig, um democrata, um [Andrew] Johnson conservador constitucional e, finalmente, um republicano”.

Apontar a importância política do processo pode ser melhor expressada mostrando dados do processo de indicação.

O início do processo é uma verificação da vida do candidato. Essas verificações começam tão logo algum *justice* dê sinais de que pode se aposentar, e podem vir de opções feitas com maior antecedência pelo presidente. É normal que candidatos sejam personalidades proeminentes e tenham passado por outras avaliações sem sofrerem impedimentos em suas vidas profissionais, mas essas investigações prévias são feitas com profundidade e tendem a excluir diversos nomes das listas e se tornam mais intensas na medida em que menos candidatos continuam viáveis. A indicação liga o presidente ao candidato e, portanto, a busca supera qualificações profissionais e alcança a vida familiar e social. Dessa fase participam a American Bar Association, agências de segurança governamentais, testemunhas e até professores universitários capazes de analisar o significado ideológico das produções escritas dos candidatos (RUTKUS, 2005, p. 13).

Mesmo antes da indicação, grupos não participantes do processo formal de escolha também começam a influenciar o presidente. Potenciais candidatos são investigados pela imprensa e a opinião pública sobre eles começa a ser formada. Davis (2005, p. 10) afirma que os cogitados ao cargo assumem uma posição semelhante aos de candidatos a uma eleição, e o papel da reação inicial da imprensa e do público podem ser importantes para impulsionar as chances de indicação dos considerados pelo presidente.

A atuação partidária dos candidatos é rara – candidatos com carreira política foram maioria no século XIX, 27% durante o século XX, mas exceção atualmente. O último membro do Congresso a ser *justice* foi Hugo Black, que se aposentou em 1971. Apesar da não ligação direta com partidos, entre 1961 e 2005, apenas um candidato apontado não tinha perfil ideológico semelhante ao do partido do presidente, a exceção ocorreu quando Richard Nixon buscava conseguir apoio eleitoral na região sudeste dos Estados Unidos e apontou o virginiano Lewis Powell (EPSTEIN; SEGAL, 2005, p. 26-27), gerando grande repercussão com a escolha de um candidato com perfil não compatível com o seu partido. Ainda que pese substancialmente o aspecto ideológico e político, diversos critérios são apontados por Davis como relevantes (2005, p. 42-53):

a) mérito: o candidato precisa ser amplamente aceito como capaz de ser membro da corte. Os perfis aceitos foram vários, magistrados, advogados, políticos, burocratas, professores, mas candidatos que tiveram posta em dúvida a sua capacidade para atuar na corte, como Caswell, em 1970, tem chances maiores de serem rejeitados ou terem seus nomes retirados pelo presidente;

b) idade: pela grande importância do cargo, uma das possíveis preocupações é a idade dos candidatos. Davis (2005, p. 17) cita o presidente Richard Nixon, dizendo que o homem ideal para a corte deve ter entre 40 e 50 anos. A tendência de nomear candidatos jovens iniciou com George Washington e se manteve por todas as eras da corte, com alguns dos candidatos mais novos estando no início dos quarenta anos – inclusive o primeiro *Chief Justice*, John Jay, nomeado aos 43 (EPSTEIN; SEGAL, 2005, p. 65);

c) amizade com o presidente: não é comum, mas presidentes preencheram os cargos com candidatos capazes que eram notavelmente seus amigos pessoais e relevantes defensores de suas políticas sociais e econômicas. Em tempos recentes, os presidentes Harry Truman e Lyndon Johnson se notabilizaram por escolhas de amigos;

d) religião: a primeira escolha de um judeu se deu em 1916, com o *justice* Louis Brandeis. Todos os presidentes até Nixon mantiveram ao menos uma cadeira ocupada por judeus e esse era um critério relevante no processo de escolha. Atualmente dois judeus fazem parte da corte, Ginsburg e Breyer, mas estudos indicam que há 23 anos esse não tem sido um critério determinante para os presidentes e o Senado. Igualmente, diversos membros católicos ocuparam a corte, três a ocupam na composição atual e desde a década de 1950, aponta-se haver a preocupação em manter ao menos um católico na corte;

e) cor: Georg H. W. Bush foi o primeiro presidente a dar uma grande importância ao critério de manter um *justice* negro na corte, em 1990. Essa preocupação se deu quando foi anunciada a aposentadoria de Thurgood Marshall, que era negro. A escolha se deu em favor de Clarence Thomas em 1991, mantendo a cadeira da corte com um afro-americano;

f) hispânicos ou latinos: durante o mandato de Georg H. W. Bush foi dada importância pela primeira vez à nomeação de um representante de hispânicos e latinos. A nomeação se deu em meio a uma forte pressão de grupos pela representação. Alberto Gonzales foi o apontado pelo presidente e mais tarde não foi confirmado. Barack Obama apontou com a *justice* Sonia Sotomayor em 2009 como uma representante das mulheres e primeira representante inequívoca¹⁴ e declarada dos latinos;

g) gênero: Ronald Reagan afirmou em 1980 que uma de suas primeiras escolhas para a corte seria uma mulher. Desde essa primeira escolha sempre houve uma representante da corte e grupos organizados de mulheres buscaram ter mais de uma cadeira, o que foi atendido inicialmente por Bill Clinton. Atualmente a corte é composta

¹⁴ O *justice* Cardozo era descendente de moradores da península ibérica, mas sua escolha e posterior atuação na corte não tiveram ligação com a ascendência.

por três mulheres, Ruth Bader Ginsburg, *justice* desde 1993, e as duas últimas indicadas, Sonia Sotomayor e Elena Kagan, em 2009 e 2010;

h) norte e sul: principalmente até a Guerra Civil, houve declarada e reconhecida preocupação de manter um equilíbrio entre *justices* do norte e do sul na corte, para garantir a força da representação das duas regiões. Esse critério não é relevante hoje;

i) posicionamentos específicos: alguns temas com especial relevância social podem ser determinantes na viabilização de uma candidatura e na escolha do presidente. Aborto, eutanásia, armas, sistemas públicos de saúde, previdência, liberdades civis, ações afirmativas e uso de drogas são alguns dos tópicos que recebem grande atenção atualmente. No passado, Abraham Lincoln, por exemplo, deixara implícito que escolheria magistrados que se opusessem à escravidão (EPSTEIN, SEGAL, 2005, p. 49).

O presidente da república é vinculado por sua indicação e, em diversas oportunidades, a tranquilidade do processo afetou a percepção de sua liderança política frente ao Senado, tendo efeitos sobre toda a avaliação de seu mandato. A escolha final é dele, em média ocorre em menos de uma semana (RUTKUS, 2005, p. 14), ouvindo políticos, assessores, opiniões de grupos organizados, da imprensa e de membros do Senado e da Suprema Corte. Diversos *justices* são lembrados como marcos da administração de um presidente. A escolha é especialmente relevante quando há a nomeação de um *Chief Justice*, que para estudos doutrinários marca o início de uma era da corte e, politicamente, eles têm a prerrogativa de escrever os votos da corte sempre que estiverem na maioria. A indicação traz relevantes implicações políticas para o presidente e seu legado, e é acompanhada pela sociedade também sob esse viés politizado.

O Senado igualmente tem nas indicações um momento importante, ele deve confirmar a escolha do presidente. A forma de confirmação não foi especificada na Constituição, mas se desenvolveu até atingir o modelo atual, altamente público e invasivo na vida do candidato. Ela é iniciada com o posicionamento do Senate Judiciary Committee, seguida de debates e culmina na votação com quórum de maioria simples caso a votação não seja dispensada por consenso. O processo levou em média 2,56 dias nos primeiros vinte anos da corte, mas ficou progressivamente mais longo, com o patamar atual de 75,7 dias¹⁵. A realização de votações nominais, que raramente ocorreram até 1830 e ainda se mantiveram incomuns até 1880, virou um fenômeno comum no século XX e, depois de 1967, votações ocorreram em todas as indicações, nenhum caso de consenso permitiu dispensar o voto individual dos senadores (RUTKUS; BEARDEN, p.

¹⁵ O tempo tomado somando a escolha do presidente e a confirmação também aumentou. Entre 1900 e 1980 ele fora de 59 dias, nos últimos 25 anos, ele tem durado em média 113 dias (GARRETT; RUTKUS, 2009).

2009). Richard Davis, na obra *Electing justice: fixing the Supreme Court nomination process*, apresenta a seguinte evolução de tempo para confirmação do Senado.

Período	<i>Justices</i> Confirmados	Média de dias para confirmação
1789–1809	16	2,56
1810–1830	6	8
1831–1850	9	11,56
1851–1870	10	12,3
1871–1890	11	24,91
1891–1910	12	8.33
1911–1930	10	24,1
1931–1950	13	12,62
1951–1970	11	57,91
1971–1980	3	38,6
1981–1990	5	94,3
1991–1994	3	75,7

Tempo para confirmação (DAVIS, 2005, p. 2005)

O Senado não aceitou 36 das 160 nomeações propostas – estando nessa contagem a rejeição um de *Associate Justice* que foi rejeitado como *Chief Justice* (Abe Fortas) e outro que foi aceito *justice*, exonerou-se e não foi reaceito em nomeação subsequente (John Rutledge). Dos 36, 11 nomes foram rejeitados em votação e 11 nomes foram retirados de consideração pelo presidente. Os demais não chegaram a ser votados por falta de tempo, adiamentos ou pelas candidaturas não terem sido colocadas na pauta por pressões políticas e sociais (RUTKUS, 2005, p. 4-5) (HOGUE, p. 1-6) (BETH; PALMER, 2009). Rejeições ocorrem por motivos como oposição ao presidente, posicionamentos do candidato em assuntos socialmente polêmicos, incerteza sobre a posição política do candidato, falta de qualificação, oposição bem-sucedida de grupos de pressão ou medo de que o candidato possa alterar profundamente o posicionamento da corte em alguma jurisprudência importante¹⁶ (RUTKUS, 2005, p. 41).

¹⁶ A preocupação com o equilíbrio da corte é um fator constante nos debates sobre novos membros. A maior parte das votações de grande relevo da corte se dão por um ou, no máximo, dois votos de diferença (BAIRD, 2007, p. 179). Esse é o resultado de uma política parcialmente consciente de grupos sociais e membros da política, que historicamente levaram a corte a decidir da maneira mais liberal ou conservadora possível para a sua composição por meio de novos casos que reforçavam uma posição em determinada direção até chegar ao limite aceito para a corte naquele assunto. Assim, é grande a importância do *center of the Court, the Court's middle, pivotal justice, the most powerful Justice* ou, mais comumente, do *swing justice*, um magistrado que vota com frequência em posições liberais ou conservadoras. Um dos motivos para a grande coalizão que inviabilizou a candidatura de Robert Bork foi o fato de ele ser um renomado conservador e o juiz que se aposentava para abrir a vaga à qual ele era apontado, Lewis F. Powell, Jr., havia sido um centrista e *swing voter* determinante em diversas posições importantes da corte (HOGUE, p. 15). Na maior parte da história da corte, quatro *justices* formam um grupo de liberais e outros quatro de conservadores, votando juntos em muitos casos relevantes, fazendo com que um *swing justice* tenha particularmente mais peso que os demais nas decisões que dividem a corte (EPSTEIN; MARTIN; QUINN, 2005, p.

Não é sob evidente e declarada influência partidária que grande parte das discussões ocorrem no Senado, pois em debates, os senadores, grupos e políticos liberais priorizam candidatos que defendam direitos humanos e políticas de auxílio aos pobres. Os conservadores costumam apoiar candidatos que apoiem uma interpretação restrita da Constituição e limites à atuação do Estado (DAVIS, 2005, p. 84). Não costuma ser expressamente declarada a existência de uma partidarização da escolha no Senado. No entanto, em 1986, um estudo apontou que 89% dos candidatos eram confirmados quando o presidente e a maioria do Senado eram do mesmo partido. A chance de confirmação cai para 59% quando o presidente era do partido oposto à maioria do Senado (DAVIS, 2005, p. 69). Nos últimos cinquenta anos houve seis rejeições feitas pelo Senado, quatro quando o presidente e a maioria do Senado eram de partidos diferentes. O apoio do senado, na maior parte das vezes, tem ligação com os partidos. Diversos outros autores apontam a tendência de partidarização das nomeações (EPSTEIN; MARTIN; QUINN; SEGAL, 2007, p. 13) (SEGAL; COVER, 1989, p. 560-561.) (DAVIS, 2005, p. 36), ainda que não seja um elemento decisivo em todas as oportunidades.

Após ser apontado pelo presidente (*nominated*) a confirmação passa a ser analisada inicialmente pelo importante Senate Judiciary Committee, que participou de praticamente todas as nomeações desde o final da Guerra Civil. No início da corte, as deliberações do comitê eram privadas e ocorriam muito rapidamente, agora eles são televisionadas e recebem grande atenção da imprensa.

O comitê faz uma nova avaliação da vida pessoal e nas últimas décadas, os candidatos têm comparecido para testemunhar pessoalmente, com questões envolvendo suas posições filosóficas, ideológicas e valores pessoais. Diversos dias são utilizados também para ouvir grupos organizados na sociedade que estão presentes durante quase todas as discussões do comitê, ao lado da imprensa. Após tomar uma decisão, o comitê pode recomendar favoravelmente ou contrariamente à indicação – ou não se manifestar. Apesar do peso do relatório, ele não vincula a decisão do Senado. Essa decisão permite a votação pelos membros do Senado – é uma votação pública e que desde 1986 tem sido televisionada, e pode envolver longos debates. A maioria simples basta para a nomeação, que é enviada à Casa Branca para ser assinada pelo Presidente e tomadas as medidas formais necessárias para o juramento e a posse (RUTKUS, 2005, p. 3-45). Até a votação, é comum que surjam controvérsias importantes ou, como descrito por Richard Davis (2005, p. 4), “*public pitched battles involving partisans, ideological groups, single-issue*

1275-1276). Sobre o assunto, ver *The Median Justice on the U.S. Supreme Court* de Lee Epstein, Andrew D. Martin, Kevin M. Quinn e *On the rationale of group decision-making* de Duncan Black.

groups, and the press”¹⁷. Denis Rutkus (2009, p. 55) resume o debate e votação assim: “*If the nomination of a person to the Supreme Court sometimes produces confirmation battles, the appointment process at other times is remarkable for its lack of conflict, particularly when the Senate votes overwhelmingly for confirmation*”¹⁸.

Das nomeações, talvez a mais marcadamente política foi a de Robert Bork, que era juiz da Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia e havia sido Procurador-Geral dos Estados Unidos. Ele era um conservador popular no Senado e foi apontado por Reagan em 1987. Contra a sua candidatura foi organizada uma coalizão com mais de 300 grupos de interesse, com ampla repercussão na imprensa. O candidato foi duramente criticado e o apoio à sua candidatura foi decrescendo até se tornar inviável em meio a um intenso debate sobre seu perfil e a importância da Suprema Corte para a sociedade americana. O processo foi o mais intensamente coberto pela mídia na história da corte e alterou os processos de nomeação subsequentes, nos quais o presidente se envolveu mais diretamente nas nomeações e o apoio social e dos grupos se tornou um dos maiores focos de atuação política por parte do presidente e dos partidos. A nomeação de Bork não foi o início da politização das nomeações, mas foi até hoje a expressão mais viva do patamar de envolvimento que a sociedade passou a ter.

As primeiras nomeações à Suprema Corte também foram aquelas menos acessíveis aos cidadãos e menos influenciadas pela opinião pública e pelas diversas formas de organização e manifestação social. O processo era rápido, pouco controverso, feito por alguns poucos representantes de grande poder político. Hoje, o processo é politizado também, mas agora de maneira mais evidente. As ideologias são claramente incluídas nos processos, e podem ser determinantes no desenvolvimento de alguns deles.

Os presidentes e demais políticos procuram dar força às suas ideias quando estão no governo – não é surpreendente que escolham candidatos que tenham posições ligadas às deles próprios ou que auxiliem na conformação política que eles defendem. Esses juízes, que já foram selecionados ao menos em parte por suas posições políticas e destaque social, ascendem ao cargo após esse longo processo e, não surpreendentemente, costumam corresponder às expectativas depositadas neles e permanecer nos cargos por duas ou três décadas atuando com perfil compatível aos dos presidentes. Dessa forma, ao escolher os presidentes e senadores, os cidadãos votantes influenciam indiretamente na corte, além de possuírem seus canais de intervenção

¹⁷ Tradução livre: “Batalhas públicas barulhentas envolvendo pessoas com interesses partidários, grupos ideológicos, grupos com um interesse específico e a imprensa”.

¹⁸ Tradução livre: “Se a nomeação de uma pessoa à Suprema Corte pode algumas vezes produzir batalhas de confirmação, outras vezes o processo de escolha é notável por sua falta de conflito, particularmente quando o Senado vota predominantemente pela confirmação”.

direta. É um sistema que impõe um debate mais democrático sobre a escolha dos membros da corte.

2.2 Exercício e Aposentadoria

A Constituição dos Estados Unidos determina os mandatos dos legisladores, nos artigos I e II, e a possibilidade de reeleição do presidente na segunda emenda, mas, no artigo III, seção 1, ela determina apenas que os *justices* “[...] shall hold their Offices during good Behaviour”¹⁹. A norma foi interpretada como outorgando permanência no cargo enquanto o magistrado desejasse e todas as principais leis envolvendo regras de aposentaria, em 1869, 1937, 1954, confirmaram essa interpretação. Não é uma regra estabelecida em todo o país, ela se contrapõe às leis da maior parte dos estados, pois em trinta e seis deles, ou 72%, há normas determinando a aposentadoria compulsória (WARD, 2003, p. 13). A origem da vitaliciedade é inglesa e foi apresentada como elemento institucional de grande importância durante defesa da Constituição perante a sociedade americana por Alexander Hamilton, no artigo 78²⁰ do *The Federalist Papers* (HAMILTON; JAY; MADISON, 1802, p. 211). Os magistrados da Suprema Corte que se aposentaram desde 1950 tinham em média 77 anos. É a maior média de idade desde a fundação da corte, mas é semelhante à dos períodos anteriores, apenas durante o século XVIII ela foi inferior a 70 anos (MCGUIRE, 2005, p. 11).

Os *justices* da Suprema Corte permanecem vitaliciamente nos seus cargos, o que cria a possibilidade de influenciar a futura composição da corte com suas aposentadorias. Se um *justice* escolher o momento de se aposentar, aguardando até um cenário politicamente favorável, ele tem

¹⁹ Tradução livre: “[...] devem conservar seus Cargos enquanto tiverem boa conduta”.

²⁰ “For I agree, that ‘there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers.’ And it proves, in the last place, that as liberty can have nothing to fear from the judiciary alone, but would have every thing to fear from its union with either of the other departments; that as all the effects of such a union must ensue from a dependence of the former on the latter, notwithstanding a nominal and apparent separation; that as, from the natural febleness of the judiciary, it is in continual jeopardy of being overpowered, awed, or influenced by its co-ordinate branches; and that as nothing can contribute so much to its firmness and independence as PERMANENCY IN OFFICE, this quality may therefore be justly regarded as an indispensable ingredient in its constitution, and, in a great measure, as the citadel of the public justice and the public security.” Tradução livre: “Porque eu concordo que ‘não há liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo.’ E isso prova, afinal, como a liberdade não pode ter nada a temer do judiciário isoladamente, mas teria tudo a temer de sua união com qualquer outro dos departamentos; que todos os efeitos de uma tal união deve resultar de uma dependência do primeiro com os últimos, apesar de uma separação nominal e aparente; que, pela fraqueza natural do judiciário, ele está em risco contínuo de ser dominado, pressionado ou influenciado por seus ramos do poder que com ele se relacionam; e, que nada pode contribuir tanto para a sua firmeza e independência do que a PERMÊNICA NO CARGO, essa característica pode então ser justificadamente considerada como um ingrediente indispensável da sua constituição, e, em grande medida, como a fortaleza da justiça e segurança pública”. A expressão “permanência no cargo” em maiúscula é mantida do original, publicado em 1802.

a chance de influenciar no perfil do magistrado que irá lhe suceder – é uma estrutura institucional muito rara em democracias, pois os principais cargos são geralmente escolhidos por eleição ou preveem aposentadoria compulsória após certa idade.

Atualmente, por exemplo, divide-se a corte em quatro magistrados mais liberais, quatro mais conservadores e um com tendência a votar com os dois espectros. A corte pode se alterar por décadas se a aposentadoria de um *justice* conservador se der durante o mandato de um presidente liberal e um Senado majoritariamente democrata. Os magistrados têm essa consciência e essa foi a estrutura criada com a Constituição e nunca alterada, legitimando o comportamento de escolha do momento da aposentadoria. Questionado em 13 de janeiro de 1999 se os magistrados baseavam suas decisões de aposentadoria em quem ocupava a Casa Branca, o então *Chief Justice* Rehnquist respondeu em entrevista televisionada à PBS, “*That’s not one hundred percent true, but it certainly is true in more cases than not, I would think*”²¹ (ROSE, 1999).

Os *justices* moldam o direito americano com suas decisões, e a sua saída é um dos eventos com efeitos mais duradouros sobre as futuras posições da instituição (WARD, 2003, p. 6-7). Historicamente, eles buscaram conquistar o apoio de seus colegas de corte e estabeleceram sanções sobre os outros poderes para pressionar pelo cumprimento das decisões proferidas (PERETTI; ROZZI, 2011, p. 134). Adotar o comportamento de influenciar a composição da corte por meio da aposentadoria não é vedado pela Constituição e pode ser compreendido até como um elemento que se enquadra na prescrição de Hamilton, pois é uma maneira de recomposição que reforça a independência da Suprema Corte em relação aos outros poderes.

Uma demonstração clara da importância da política é o fato de que nenhum *justice* da era moderna se aposentou durante uma campanha presidencial, algo que criaria incerteza sobre o novo integrante e possíveis controvérsias na campanha. Apenas o magistrado Earl Warren tentou pedir a aposentadoria durante a campanha presidencial de 1968 (WARD, 2003, p. 21), mas a tentativa foi frustrada por movimentos políticos do Congresso até depois da eleição. No entanto, e mostrando como preocupações institucionais podem inibir as exclusivamente políticas, é extremamente raro que dois juízes peçam aposentadoria ao mesmo tempo, com os casos ocorridos sendo ligados à motivos de saúde, e o último sendo entre os magistrados Hugo Black e John Harlan II em 1971 (WARD, 2003, p. 18).

²¹ Tradução livre: “Isso não é cem por cento verdadeiro, mas é certamente verdadeiro na maioria dos casos, eu pensaria”.

Artemus Ward elaborou o estudo mais profundo sobre a aposentadoria dos *justices*²² e, em harmonia com diversos outros autores (PERETTI; ROZZI, 2011, p. 134) (DITULLIO; SCHOCHET, 2004, p. 1096) (MCGUIRE, 2005, p. 11), apresenta dados que corroboram a fala de Rehnquist e a possibilidade de ocorrência da assim referida aposentadoria estratégica²³. No entanto, diferentemente de um comportamento sistematicamente preocupado com a política, em que a maior preocupação seria evitar a aposentadoria durante o mandato de um presidente ou Senado com visão política antagônica, o cenário é uma matriz diversos fatores institucionais, políticos e de circunstâncias pessoais dos *justices*.

Ward (2003, p. 15) aponta o interesse partidário como o maior elemento na tomada de decisão atualmente, mas pondera que tais preocupações tiveram um papel menor em outras conjunturas. Ele apresenta uma lista, baseada no estudo individualizado das aposentadorias, ela inclui: saúde física e mental, finanças pessoais, legitimidade de magistrados perante a sociedade, preocupações com o funcionamento da corte, circunstâncias da vida pessoal e desejo de continuar na função.

Um aspecto não político é a saúde dos magistrados. A aposentadoria com média de 77 anos é a maior já medida, e diversos juízes sofrem problemas, sendo especialmente graves os problemas cognitivos. O caso mais relevante até o momento foi o do justice Douglas, que teve um acidente vascular cerebral em 1975 que diminuiu sua capacidade de atuação na corte, mas ele não se aposentou imediatamente – supostamente por preocupações com a nomeação de um substituto pelo presidente Gerald Ford, um desafeto pessoal (DITULLIO; SCHOCHET, 2004, p. 1094). Foi apenas após a movimentação dos demais membros da corte, retirando a efetividade das atuações dele, que o magistrado eventualmente se aposentou. Apesar de ser o mais famoso, esse é apenas um dos casos – os justices Ginsburg, Stevens, O’Connor e Rehnquist, por exemplo, trataram neoplasias enquanto integravam a corte (MCGUIRE, 2005, p. 8-15), e essa é só uma da lista de condições graves enfrentadas pelos juízes e acompanhadas pela imprensa nas últimas décadas (DILON, 2015).

A principal conclusão de Artemus Ward foi de que a aposentadoria e a preocupação com a política variaram guardando íntima relação com as leis previdenciárias dos juízes. Mostrando genericamente a importância da questão, dos juízes federais americanos, entre 1869 e 2002, apenas 3% saíram das cortes antes de preencher os requisitos da aposentadoria. No entanto, em até um ano após o preenchimento, 39% dos juízes das cortes pediram aposentadoria – os juízes

²² A obra de Artemus Ward foi intitulada *Deciding to leave: the politics of retirement from the United States Supreme Court*, e foi lançada pela State University of New York Press em 2003. Ela será extensamente utilizada na seção das aposentadorias por ser apontada como principal obra e mais completa na área.

²³ Tradução literal de um dos termos mais utilizados para se referir ao fenômeno, *strategic retirement*.

da corte de apelação que pediram aposentadoria nesse período variaram entre 4% e 29% (PERETTI; ROZZI, 2011, p. 139-140). Ter assegurados os pedidos de aposentadoria têm grande peso sobre a decisão. Os juízes da Suprema Corte, com uma atuação de importância política maior e menos influenciados por leis previdenciárias, passaram por fases complexas, mas não desligadas dessa questão.

A primeira fase se deu com o surgimento da corte e a obrigação de realizar as seções nos diferentes circuitos federais. A fase foi breve e durou até 1801, naquele momento não havia nenhuma previsão de aposentadoria para os magistrados da Suprema Corte, mas a maior parte dos juízes renunciou ao cargo. As dificuldades impostas pelas constantes e longas viagens fizeram com que os juízes renunciassem ao cargo quando não tinham condições de as realizar²⁴. Isso se deu sobretudo por condições de saúde dos magistrados. De sete juízes do período, cinco renunciaram e ao menos dois sofriam de relevante declínio das capacidades intelectuais (WARD, 2003, p. 16). O dever de cumprir as viagens era um mecanismo informal de induzir à saída da corte (WARD, 2003, p. 43).

A partir de 1801, as viagens continuaram sendo previstas, mas passaram a ser opcionais. Apesar da alteração, continuou não havendo qualquer previsão de aposentadoria. Nessas circunstâncias, apenas quatro dentre vinte e quatro juízes renunciaram ao cargo até a criação da primeira lei previdenciária em 1869 – a taxa de renúncia caiu de 71% para 17%, quase todos os demais magistrados faleceram ocupando o cargo (WARD, 2003, p. 16). Naquele período, diversos juízes decidiram não fazer mais as viagens, e muitos sequer iam às sessões das cortes em função de suas condições de saúde. Como a renúncia os deixaria sem vencimentos, os interesses partidários foram bem menos relevantes.

Ward narra que apenas sete dos magistrados do período poderiam ter feito algum planejamento ligado à política com suas renúncias. É destacado o caso de Oliver Ellsworth, o mais provável caso de interesse político e inclusive com conotações partidárias (WARD, 2003, p. 43). Thomas Jefferson especulou em cartas pessoais para James Madison que a renúncia do então *Chief Justice* era uma maneira de manter o cargo sob influência dos federalistas, e John Adams nomeou rapidamente um sucessor para o cargo, antes da mudança de governo para outro grupo (WARD, 2003, p. 38-39).

Após o final da Guerra Civil, a situação era de um grupo de magistrados de saúde bastante debilitada formando a corte. Ela passou a receber atenção do Congresso por essa condição. Além disso, Ward afirma que predominavam os votos em favor dos interesses do partido democrata

²⁴ Outro motivo importante para renúncias foi o desejo de participar de cargos políticos que tinham então mais prestígio.

naquele momento – e nas vésperas do Ato Judiciário de 1869, que estabeleceu a primeira lei previdenciária, fora eleito congresso de ampla maioria republicana (WARD, 2003, p. 43).

O Ato Judiciário de 1869 foi aprovado e, dentre diversas outras reformas, criou a primeira previsão de aposentadoria para os *justices*. Na norma foi previsto que os juízes poderiam renunciar e pedir benefícios civis após setenta anos de idade e dez anos na corte. Daquele momento até a próxima lei de aposentadoria, trinta e seis juízes saíram da corte e onze foram utilizados pela previsão daquela lei – uma percentagem de 31%. 53% dos juízes, no entanto, ainda faleciam sendo membros Suprema Corte porque não chegavam a alcançar os dois requisitos exigidos ou, em muitas oportunidades, porque não queriam se afastar da magistratura (WARD, 2003, p. 16). Ward narra ainda que nesse período a corte teve regras de funcionamento alterada pelo *Evarts Act*, passando a controlar mais sua pauta de votações, o que diminuiu o grandemente o ritmo de trabalho e permitiu a continuidade de magistrados com menos saúde na corte (WARD, 2003, p. 94-124). A corte dessa época passou por um período de intensa atividade relacionada aos partidos políticos. Ao julgar o caso *United States v. Cruikshank*, em 1876, no qual os dois grandes partidos se declararam vencedores das eleições na Louisiana, com tensões que alcançaram o auge no massacre de Colfax, os magistrados se dividiram na corte e aflorou a ligação entre suas decisões e interesses partidários. Essas discussões teriam influenciado no planejamento da aposentadoria dos magistrados.

Um novo desenvolvimento nas regras previdenciárias que afetaram o comportamento dos integrantes da Suprema Corte ocorreu em 1937. Inicialmente, foi alterado o regime das normas de aposentadoria dos juízes federais. Desde 1869, elas seguiam a de outros servidores públicos e os benefícios haviam variado em função de leis posteriores nem sempre mais benéficas. Uma das normas do New Deal chegou a diminuir o valor da pensão dos servidores e um dos afetados foi Oliver Holmes, um dos juízes mais proeminentes da história da corte, que teve sua pensão diminuída pela metade, para dez mil dólares. A pensão de Homes foi reestabelecida por lei específica e foi promulgado o assim chamado *1937 Act*, que criou uma aposentadoria específica para os magistrados. Além dela, os juízes passaram também a continuar dentro da estrutura do judiciário, ainda que fora da Suprema Corte, com um status *sênior* e funções jurisdicionais diferentes (WARD, 2003, p. 137).

Os novos benefícios repercutiram sobre a Suprema Corte sem alterar fundamentalmente o comportamento – da aprovação da lei até a próxima grande alteração previdenciária, cinco dos quatorze, ou 36%, dos juízes se aposentaram sob as novas condições (WARD, 2003, p. 18).

Em 1954, foi eleito um congresso predominantemente republicano – pela primeira vez os representantes do partido dominaram as duas câmaras desde a depressão de 1929. Ward (2003,

p. 11) afirma que no desejo de renovar todo o judiciário federal, e especialmente a Suprema Corte de maioria democrata (em função das escolhas de Roosevelt e Truman nos mandatos anteriores), foi aprovada uma nova lei previdenciária. Ela expandiu as normas anteriores – a aposentadoria poderia ser alcançada após a idade de sessenta e cinco anos, com quinze anos de serviço em cortes federais. Essa norma ficou conhecida como *Rule of Eighty*²⁵, pois permitia também que os anos de serviço em cortes federais e a idade fossem combinados, havendo direito à aposentadoria após ser alcançada a soma oitenta. As regras garantiram as aposentadorias quase imediatas de três *justices*, que ainda foram acompanhados pelo falecimento de outros dois magistrados, o que permitiu que Eisenhower influenciasse a fortemente corte pela escolha de cinco novos magistrados durante seus mandatos.

A norma de 1954, com a *Rule of Eighty*, é a atual norma previdenciária. Desde 1955, um ano após a sua aprovação, todos os *justices* saíram da Suprema Corte voluntariamente e, desde a saída de Abe Fortas em 1969, todos o fizeram por pedido de aposentadoria (WARD, 2003, p. 11).

A atual era foi iniciada, portanto, em meados do século passado e permitiu o amplo planejamento das aposentadorias. A conclusão principal do trabalho de Ward (2003, p. 177) é que as regras abriram espaço para um incremento na politização. Elas diminuem a preocupação dos magistrados com suas condições pessoais, tanto financeiras quanto de permanência no judiciário. Foi nesse cenário, na década de 1990, que Rehnquist afirmou que a maior parte das aposentadorias tinham ligação com quem sentava na Casa Branca. A afirmação não se confirma em termos literais: apenas nove dentre dezenove *justices* saíram em mandatos de presidentes do mesmo partido de suas indicações até 2003, mas os comportamentos ligados às preocupações políticas e ao congresso eleito permearam a sociedade e possivelmente diversos magistrados, como afirmou o antigo *Chief Justice*²⁶.

²⁵ Tradução livre: “regra dos oitenta”.

²⁶ São diversas as notícias de imprensa indicando a ligação entre aposentadorias e o cenário político, essas notícias e especulações ocorrem desde o século XIX e envolvem uma longa lista de magistrados, por todos, ver *Modern Departures from the U.S. Supreme Court: Party, Pensions, or Power?* de Terri Peretti e Alan Rozzi. Ao contrário da declaração do *Justice Chief* Rehnquist, notícias apareceram na forma de depoimentos de pessoas próximas aos magistrados, narrativas da imprensa ou especulações, e não em textos e declarações de autoria dos próprios magistrados ou de políticos e juristas diretamente envolvidos. Um exemplo recente e de repercussão é a da *justice* O’Connor, que teria dito em uma festa no dia 7 de setembro de 2000, na presença de diversas pessoas, que “isso era terrível”, ao saber que o candidato Al Gore havia vencido a disputa para a presidência no estado da Flórida. Afirmam os jornalistas que o comentário foi explicado mais tarde, sem a presença dela, por seu marido: ela esperava a vitória de um republicano para se aposentar e residir com o marido no estado do Arizona. A vitória acabou sendo de um republicano, Bush, mas mostrando a fragilidade dessas fontes, a magistrada só veio a se aposentar seis anos mais tarde, em 2006, após o final do primeiro mandato de Bush e a nova eleição presidencial. A eventual preocupação com a política não foi confirmada.

Dentre as diversas aposentadorias polêmicas por envolver interesses políticos e eventualmente partidários, talvez a mais relevante tenha se dado em 1965, durante o mandato do presidente Lyndon Johnson. O presidente desejava apontar seu amigo pessoal e renomado advogado liberal Abe Fortas ao cargo. Ele era um reconhecido apoiador de suas políticas governamentais, mas enfrentava uma dificuldade, não havia cargo vago e nenhum *justice* desejando se aposentar. Para abrir uma vaga na corte, depois de diversas outras tentativas, o presidente aceitou oferecer ao *justice* Arthur Golberg a vaga de embaixador dos Estados Unidos na Organização das Nações Unidas. O *justice* era contrário à Guerra do Vietnam, apoiada pelo presidente, e desejava utilizar sua posição nova para apoiar o fim do conflito. Ele havia afirmado antes que não pretendia se aposentar, mas saiu do seu cargo afirmando que um chamado ao dever com a nação o impelia à aposentadoria (EPSTEIN; SEGAL, 2005, p. 29-30 e p. 47-48). O caso foi rumoroso por seus contornos incomuns e pela aposentadoria de um *justice* apenas três anos depois de seu apontamento, mas sobretudo, demonstra a extensa ligação da Suprema Corte com as ideologias presentes na sociedade e o peso de um apontamento para a corte, grande o bastante para que o presidente oferecesse um cargo de grande influência a um magistrado que não apoiava suas ideias e fazia expressa oposição à sua política a respeito do Vietnam dentro das Nações Unidas.

Terri Peretti e Alan Rozzi apontam ainda outros dados sobre aposentadoria de magistrados. Eles concluem que há maior chance de juízes se aposentarem considerando a conjuntura política, mas apenas um terço dos casos por eles analisados concluía que questões ideológicas e partidárias influíram decisivamente no pedido (PERETTI; ROZZI, 2011, p. 133-159). Uma ligação encontrada é a de que há maior chance de haver relação com a política quando os pedidos de aposentadoria são feitos nos últimos dois anos de mandato, indicando preocupação com as chances de trocas de partido na Casa Branca (STOLZENBERG; LINDGREN, 2010, p. 288), mas eles também concluem que o achado não permite apontar para uma majoritária ligação das aposentadorias com interesses políticos. Os autores concordam que há uma crença social de que há influência, mas ela é contradita pelos estudos e outros fatores importantes despontam no estudo individualizado dos casos.

O interesse político e partidário na escolha dos juízes é decorrente do sistema estabelecido pela Constituição. A tradição de um debate político amplo e uma minuciosa sabatina do Senado reforçam essa característica. A aposentadoria, por seu lado, também parece ter ligação com os temas políticos – ainda que inserido em um contexto no qual diversos outros fatores também podem influir. As normas beneficiam a existência de um comportamento partidário e ele é confirmado por estudos na área. Todas as principais legislações previdenciárias dos juízes

trouxeram a discussão sobre um limite de idade, como existe nos estados (WARD, 2003, p. 11), mas ele nunca foi estabelecido, permitindo a continuidade do comportamento e atuação política. No arranjo institucional, a ligação política da corte com a sociedade e outros poderes é grande e isso permite mais relação entre os membros e o cenário político geral.

3 Atuação e Partidos Políticos

A composição atual da corte tem quatro magistrados mais conservadores: Scalia, Thomas, Roberts, Alito. Entre os liberais, costumam ser incluídos Ginsburg, Breyer, Sotomayor, and Kagan. O *justice* Kennedy, apontado por um presidente conservador exerce o papel de *swing*. Pesquisas já mostradas apontam a ligação com a política e os partidos, até mesmo os assistentes dos *justices* deixam entrever essa realidade – os 84 assistentes apontados por Clarence Thomas haviam passado antes por juízes de apelações apontados por republicanos, como ele também fora. Ainda que menos extremos em sua fidelidade, a maior parte dos *justices* liberais e conservadores mantém o mesmo padrão na escolha de seus assistentes (LIPTAK, 2010).

Em uma publicação iniciada por texto do atual *Chief Justice* da suprema corte, Suzanna Sherry define da seguinte forma o papel da política na corte, em um artigo intitulado *Influence and Independence: Role of Politics in Court Decisions*, mostrando como o papel político é reconhecido e aceito institucionalmente:

*At any particular time, the Court will consist of justices appointed by different presidents and confirmed by different Senates. As the Court began its term in October 2012, for example, the nine sitting justices were appointed by five different presidents — three Republicans and two Democrats. The diversity of political views on the Court and the periodic appointment of new justices guarantee that no single political faction will reliably prevail for long*²⁷ (SHERRY, 2014, p. 10).

Não apenas os juízes são escolhidos em um ambiente de profunda interação com a sociedade e motivações políticas, mas é provável que a composição futura da corte influa sobre suas aposentadorias. Um presidente e um Senado de ideologias semelhantes, fazem com que um juiz saiba qual o provável perfil de seu sucessor. E ainda que cada novo *justice* possa mudar de posição, e efetivamente o façam, permanece intocada a tendência de que as variações se deem sem alterações profundas. Ronald Reagan apontou Scalia, O'Connor, Rehnquist e Kennedy – e

²⁷ Tradução livre: “Em qualquer momento específico, a Corte será composta por juízes apontados por presidentes diferentes e confirmada por Senados diferentes. Considerando a Corte que iniciou seu exercício em outubro de 2012, por exemplo, os nove *justices* nas cadeiras foram apontados por cinco presidentes diferentes – três Republicanos e dois Democratas. A diversidade de visões políticas na Corte e o apontamento periódico de novos juízes garante que nenhuma facção política isolada prevaleça por muito tempo”.

durante muitos anos eles se mantiveram ou se mantêm com um perfil mais conservador do que os colegas apontados por presidentes democratas. Bill Clinton, por seu lado, nomeou Ginsburg e Breyer, magistrados que se posicionaram como liberais em cerca de 60% de seus votos (EPSTEIN; SEGAL, 2005, p. 132).

Analisando as tendências dentro do marco dos mandatos presidenciais também se verifica a ligação da corte com a ideologia dos partidos (EPSTEIN; SEGAL, 2005, p. 138-144). No mandato do republicano Eisenhower, 63,3% dos votos da corte foram liberais, com o democrata John Kennedy a quantidade aumentou para 66,5% e com outro democrata, Lyndon Johnson, chegou a 68%. As eleições subsequentes de dois conservadores e suas nomeações à corte geraram o efeito contrário – após Richard Nixon 50,3% foram liberais e, com Gerald Ford, foram 44,4%. Ao longo de todos esses períodos, diversos acontecimentos políticos apontaram para a ligação entre ideologias dos partidos e as decisões dos magistrados.

Individualmente, a análise da corte ao longo do tempo, os casos, as nomeações e as aposentadorias dificilmente embasariam a ligação entre a corte e a política partidária. Em conjunto, o envolvimento político da corte é mais claro e, fazendo uma meta-análise bastante ampla, envolvendo 140 obras, incluídos livros, artigos, dissertações e apresentações nas áreas do Direito e da Ciência Política, produzidos entre 1959 e 1998 sobre a corte, o já citado Pinello (1999, p. 1-2 e p. 219) estabelece também uma ligação entre os *justices* individualmente considerados e os partidos. Apenas ligando especificamente partidos políticos e a ideologia política nas cortes americanas, foram encontradas mais de uma centena de relações empíricas.

Como ocorreu com diversas instituições americanas e inglesas, a aparência formal e a pouca normatização escrita escondem profundas alterações, decorrentes da exposição das instituições e seus personagens aos eventos e às alterações sociais. Como diz Linda Greenhouse, os resultados podem ser imprevisíveis (GREENHOUSE, 2014). A Suprema Corte é um órgão no qual a política aparece nas normas constitucionais, nas decisões, no processo de escolha, aposentadoria e, em geral, na atuação dos membros.

Conclusão

A Suprema Corte é política. Ela iniciou e encerrou grandes debates, dando a palavra final em diversos dos mais acirrados casos que contrapuseram o sul e o norte, democratas e republicanos, liberais e conservadores, indivíduos e Estado, religiosos e não religiosos, escravagistas e aqueles que proibiam a escravidão. Ao interpretar a Constituição, decisões fundamentais foram tomadas pelos magistrados. E os juízes que integraram a corte, desde o seu

surgimento, foram personagens que estiveram associados aos acontecimentos políticos. Logo após a criação da corte, diversos *justices* eram políticos e alguns foram destacados fundadores da federação americana. Com o tempo, menos políticos de carreira participaram da corte, mas alcançar o destaque necessário para ser apoiado por algum dos partidos dependeu em muitos casos de posicionamento ideológico e político.

Os magistrados da Suprema Corte são políticos. É esperado que o sejam, pois é política a corte em que atuam. A política é induzida pelo sistema de divisão de poderes, pelo interesse que os partidos têm na posição dos magistrados e, principalmente, porque a sociedade notou gradativamente a importância do posto e se adaptou para influenciar a corte. A atenção dos votantes se voltou à corte consistentemente por mais de dois séculos, exercendo pressão, e conseguiu moldar novos procedimentos que cada vez mais deram peso à opinião da sociedade. Sinais disso são a participação de tantos grupos organizados nos debates do Senado, a força possuída pela opinião pública e pela imprensa e a atuação dos políticos eleitos, preocupados com o resultado das indicações em suas carreiras e na conformação política do país. É grande a preocupação ideológica – e, por vezes, partidária – que o executivo e o legislativo têm em escolher um candidato.

A corte americana e seus processos institucionais podem servir de inspiração para o Brasil. Ao reconhecer a importância política da instituição e ter debates constantes sobre a corte e seus membros, a sociedade é mais bem representada e surgem mais possibilidades de instituir mecanismos para que as opiniões das pessoas tenham influência nas decisões tomadas pela corte. A defesa da Constituição é um ato político no qual a maioria não tem a voz definitiva, mas um afastamento muito grande da sociedade não é necessariamente benéfico para as tomadas de decisões. Direitos fundamentais devem ser respeitados considerando a Constituição e afastando tendências apressadas ou violentas, mas as decisões de um Tribunal Constitucional devem estar ligadas à vontade dos representados e aos fins que eles almejam para a sociedade. A importância política da corte deve ser incentivada, o papel dela é de tal forma relevante para a sociedade que a inexistência de debate não evitaria a política na corte, mas poderia ter o condão de fazer com que as escolhas de magistrados e suas atuações não estivessem suficientemente ligadas à vontade dos cidadãos.

Referências

ABRAHAM, Henry J. *Justices, Presidents, and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.

BAILEY, Michael A. *Measuring Court Preferences, 1950 - 2011: Agendas, Polarity and Heterogeneity*. Georgetown: Department of Government and Public Policy Institute, 2012.

BAIRD, Vanessa A. *Answering the call of the court: how justices and litigants set the Supreme Court agenda*. Charlottesville; Londres: University of Virginia Press, 2007.

BETH, S. Richard; PALMER, Betsy. *Supreme Court Nominations: Senate Floor Procedure and Practice, 1789-2006*. In: PALMER, Betsy (Org). *Supreme Court nominations*. Nova Iorque: Nova Science Publishers, Inc., 2009.

CLINTON, Lowry Robert. The Supreme Court Before John Marshall. *Journal of Supreme Court History*, vol. 27, num. 3, p. 222-239, 2002.

DAVIS, Richard. *Electing justice: fixing the Supreme Court nomination process*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.

DILON, Tim. *Justices judge if health keeps them from work*. USA Today. 8 jan. 2007. Disponível em: <http://usatoday30.usatoday.com/news/washington/20070731justiceshealth_N.htm>. Acessado em: 21 jul. 2015.

DITULLIO, James E.; SCHOCHET, John B. Saving this Honorable Court: a Proposal to Replace Life Tenure on the Supreme Court with Staggered, Nonrenewable Eighteen-Year Terms. *Virginia Law Review*, Charlottesville, vol 90, p. 1093-1149, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitucional como Norma y el Tribunal Constitucional como Poder*. 4ª ed. Navarra: Editorial Aranzandi S.A., 2006.

EPSTEIN, Lee Epstein; SEGAL, Jeffrey A. *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.

EPSTEIN, Lee; LINDSTÄDT, René; SEGAL, Jeffrey A.; WESTERLAND, Chad. The Changing Dynamics of Senate Voting on Supreme Court Nominees. *The Journal of Politics*, vol. 68, num. 2, p. 296-307, mai 2006.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. The Median Justice on the U.S. Supreme Court. *North Carolina Law Review*, vol. 83, num. 5, p. 1275-1322, jun. 2005.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; SEGAL, Jeffrey A. Segal. Ideological Drift among Supreme Court Justices: Who, When, and How Important? *Northwestern University Law Review*, forthcoming, p. 1-47, 2007.

ESTADOS Unidos da América. Supreme Court. *A Brief Overview of the Supreme Court*. 2015a. Disponível em: <www.supremecourt.gov/about/briefoverview.pdf>. Acessado em: 21 jul. 2015.

ESTADOS Unidos da América. Supreme Court. *About the Supreme Court*. 2015b. Disponível em: <www.supremecourt.gov/about/about.aspx>. Acessado em: 21 jul. 2015.

ESTADOS Unidos da América. *Constitution for the United States of America*. Filadelfia: 1787. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_zoom_1.html>. Acessado em: 21 jul. 2015.

FINKELMAN, Paul. Scott v. Sandford: The Court's Most Dreadful Case and How it Changed History. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 82, num. 3, p. 3-48, 2007.

GARRETT, R. Sam; RUTKUS, Denis Steven. *Speed of Presidential and Senate Actions on Supreme Court Nominations, 1900-2005*. In: PALMER, Betsy (Org). Supreme Court nominations. Nova Iorque: Nova Science Publishers, Inc., 2009.

GILLMAN, Howard. *The Constitution besieged: The rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence*. Durham: Duque University Press, 1993.

GINSBURG, Ruth Bader. Confirming Supreme Court Justices: Thoughts on the Second Opinion Rendered by the Senate. *University of Illinois Law Review*, num. 101, p. 101-117, 1988.

GREENHOUSE, Linda. *Justices Who Change: Justices, Judgments and the Court's Workings*. In: MCCALL, Dawn L (coord.). The U.S. Supreme Court: Equal Justice Under the Law. Washington: U.S. Department of State, 2014.

HALL, Kermit L. *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.

HALL, Timothy L. *Supreme Court justices: a biographical dictionary*. Nova Iorque: Facts on File, Inc., 2001.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist, on the New Constitution by Publius*. Nova Iorque: Pritend and sold by George F. Hopkins, at Washington's Head, 1802.

HOBSON, Charles F. Remembering the Great Chief Justice. *Journal of Supreme Court History*, vol. 27, num. 3, p. 293-303, 2002.

HOGUE, Henry B. *Supreme Court Nominations Not Confirmed, 1789-2007*. CRS Report for Congress. Congress Research Service. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/RL31171.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

LIPTAK, Adam. *A Sign of the Court's Polarization: Choice of Clerks*. The New York Times. Nova Iorque: 6 de setembro de 2010. Disponível em: <www.nytimes.com/2010/09/07/us/politics/07clerks.html?pagewanted=1&hpw&_r=0>. Acessado em: 21 jul. 2015.

MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing Preference Change on the US Supreme Court. *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 23, num. 2, p. 365-385, jun. 2007.

MCGUIRE, Kevin T. Are the Justices Serving too Long? An Assessment of the Tenure on the U.S. Supreme Court. *Judicature*, vol. 89, num. 1, p. 8-15, jul.-ago. 2005.

NELSON, William E. Marbury v. Madison and the Establishment of Judicial Autonomy. *Journal of Supreme Court History*, vol. 27, num. 3, p. 240-272, 2002.

PACELLE JR. Richard L. (org). *The Role of the Supreme Court in American Politics*. The Least Dangerous Branch? Boulder; Oxford: Westview Press, 2002.

PERETTI, Terri; ROZZI, Alan. Modern Departures from the U.S. Supreme Court: Party, Pensions, or Power? *Quinnipiac Law Review*, Hamden, vol. 30, p. 131-161, 2011.

PINELLO, Daniel R. Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-Analysis. *The Justice System Journal*, vol. 20, num. 3, p. 219-254, 1999.

ROBERTS JR., John G. The U.S. Supreme Court: *Fidelity to the Law*. In: MCCALL, Dawn L (coord.). The U.S. Supreme Court: Equal Justice Under the Law. Washington: U.S. Department of State, 2014.

ROSE, Charlie. *Interview with William H. Rehnquist, Chief Justice, United States Supreme Court*. PBS television broadcast, 13 mar. 1999.

RUTKUS, Denis Steve; BEARDEN, Maureen. *Supreme Court Nominations, 1789 – 2005: Actions by the Senate, the Judiciary Committee, and the President*. In: PALMER, Betsy (Org). Supreme Court nominations. Nova Iorque: Nova Science Publishers, Inc., 2009.

RUTKUS, Denis Steven. *Supreme Court Appointment Process: Roles of the President, Judiciary Committee, and Senate*. Congressional Research Service, 2005. Disponível em: <<http://fpc.state.gov/documents/organization/50146.pdf>>. Acessado em: 21 jul. 2015.

SCHWARTZ, Bernard. (1997). *A Book of Legal Lists: The Best and Worst in American Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices. *The American Political Science Review*, vol. 83, num. 2, p. 557-565, jun. 1989.

SHERRY, Suzanna. *Influence and Independence: Role of Politics in Court Decisions*. In: MCCALL, Dawn L (coord.). The U.S. Supreme Court: Equal Justice Under the Law. Washington: U.S. Department of State, 2014.

SILVER, Nate. Supreme Court May Be Most Conservative in Modern History. *The New York Times*, 29 mar. 2012. Disponível em: <<http://fivethirtyeight.blogs.nytimes.com/2012/03/29/supreme-court-may-be-most-conservative-in-modern-history/>>. Acesso em: 9 ago. 2015.

STOLZENBERG, Ross M.; LINDGREN, James. Retirement and Death in Office of U.S. Supreme Court Justices. *Demography*, vol. 47, num. 2, p. 269-298, mai. 2010.

WARD, Artemus. *Deciding to leave: the politics of retirement from the United States Supreme Court*. Nova Iorque: State University of New York Press, 2003.